Die Aufhebung des einfachen Testaments

nach den

Bestimmungen der §§ 2253 bis 2258 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

:: zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen :: Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Max Grünbaum
Referendar in Cassel.

Marburg 1914.

Druck von Rich. Trömner in Cassel.

Die Aufhebung des einfachen Testaments

nach den

Bestimmungen der §§ 2253 bis 2258 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

:: zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen ::
Juristischen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Max Grünbaum
Referendar in Cassel.

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Marburg 1914.

Druck von Rich. Trömner in Cassel.

Referent: Prof. Dr. Martin Wolff als Vertreter
des Prof. Dr. Franz Leonhard.

In Dankbarkeit meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556025_0047

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 1

II. Aufhebung durch Widerruf 1

A. Die Möglichkeit zu widerrufen (§ 1) 1

B. Die Fähigkeit zu widerrufen (§ 2) 6

C. Die verschiedenen Widerrufsarten 16

1. Allgemeines (§ 3) 16

2. Widerruf durch besondere Erklärung (§ 4) 18

3. Widerruf durch schlüssige Handlungen 21

a) Urkundenvernichtung oder -veränderung (§ 5) . . 21

b) Widerruf durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung (§ 6) 41

D. Widerruf des Widerrufs (§ 7) 76

E. Beweisfragen (§ 8) 85

III. Aufhebung durch widersprechendes Testament . 89

A. Verhältnis zur Aufhebung durch Widerruf (§ 9) . . . 89

B. Wirksamkeit (§ 10) 95

C. Wirkung (§ 11) 100

D. Widerruf des Aufhebungstestaments (§ 12) 103

Berichtigung: Auf Seite 23, Zeile 18, muß es heißen: (Siehe unten S. 53 und **68**).

Literaturverzeichnis.

(Die Klammern enthalten Abkürzungen, deren Angabe erforderlich ist.)

A. Kommentare und Lehrbücher.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl.

Boehm, Das Erbrecht des BGB., 2. Aufl., Hannover 1900.

Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, 2. Bd., Breslau 1900.

Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis, Teil II, Berlin 1905.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 6. Aufl. 1913.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 5. Bd., Tübingen 1912.

Das BGB., mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Georg Hoffmann u. a. Reichsgerichtsräten, 3. Bd., 2. Aufl., Berlin 1913 (KRGR.).

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens, 5. Bd., 3. Aufl., bearbeitet von Arth. Engelmann, Halle 1911 (Dernburg).

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 3. Bd., 3. Aufl., Halle 1884, und 4. Aufl., Halle 1896 (Dernburg, pr. Privr.).

Dernburg, Pandekten, 3. Bd., 3. Aufl., 1892 (Dernburg, Pand.).

Eichhorn, Das Testament, 5. Aufl., Berlin 1910.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB., 3. Bd., 3. bis 5. Aufl., Berlin 1899, und 6. Aufl.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. des bürgerl. Rechts, 1. Bd., 1. Abteilung, 6.—8. Aufl., Marburg 1912/13.

Fischer-Henle, BGB., Handausgabe mit Anmerkungen, 8. Aufl., München 1909.

Frommhold, Das Erbrecht, in: Kommentar zum BGB. von Biermann, Gareis, Niedner u. a., 5. Buch, Berlin 1899.

Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd. 1905.

Hallbauer, Testamentenrecht, Leipzig 1899.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Hodler, Preußisches Ausführungsgesetz zum BGB., Berlin 1900.

Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht
Erster Teil: Deutsch-Preußisches Notariatsrecht, Berlin 1910 (Jastrow I).
Zweiter Teil: Formularbuch, Berlin 1910 (Jastrow II).
Kipp, Das Erbrecht, in: Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 3. Abt., 6.—8. Aufl., Marburg 1912/13.
Koch, Allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten mit Kommentar in Anmerkungen, 2. Bd., Berlin und Leipzig 1886.
Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1895.
Kretzschmar, Das Erbrecht des BGB., Leipzig 1910.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., 3. Bd., Berlin 1901.
Lehmann, Sachen-, Familien- und Erbrecht, in: Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Bd., 2. Aufl., Marburg 1901.
Leonhard, Erbrecht, in: Kommentar zum BGB. von Oertmann, Biermann u. a., 5. Buch, Berlin 1912.
Leonhard, Die Beweislast, Berlin 1904.
Leske, Vergleichende Darstellung des BGB. für das deutsche Reich und des preußischen Allgemeinen Landrechts, 1. und 2. Aufl., Berlin 1903.
Liebe, Das Bürgerliche Recht, ein Lehrbuch, 2. Bd., Leipzig 1904.
Maercker, Die Nachlaßbehandlung, Erbrecht, Familien- und Vormundschaftsrecht, nach den Vorschriften des BGB., neu bearbeitet von Köhne und Feist, 17. Aufl., Berlin 1902.
Marcus, Das deutsche Testament, 3. Aufl., Berlin 1908.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., Berlin 1910.
Mayer-Reis, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts, 2. Bd., 4. Aufl., Stuttgart 1902.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB., Leipzig 1900.
Meyer, Paul, Das Erbrecht des BGB., ein Lehrbuch, 1.—6. Lieferung, Marburg 1904, 1905, 1910.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Teil, Halle 1837.
Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs, 2. Bd., 2. Aufl., München 1904.
Neumann, Handausgabe des BGB., 5. Aufl., Berlin 1909.
Pallaske, Das Testament, Breslau 1902.
Peiser, Handbuch des Testamentrechts, 2. Aufl., Berlin 1907.
Pelargus, Das Erbrecht des BGB., Stuttgart 1899.
Pfaff-Hoffmann, Kommentar zum österr. BGB., 2. Bd., Wien 1877.
Planck, Kommentar zum BGB., 5. Bd., 3. Aufl., Berlin 1908.

Puchta, Pandekten, 11. Aufl., Leipzig 1872.
v. Roth-Becher, Bayrisches Zivilrecht, Teil III, 1. Abt., 2. Aufl.
Sauer, Testamente und Erbverträge in Bayern, München 1903.
Scherer, Kommentar zum BGB., V. Buch, Erlangen 1900.
Schiffner, Der Erbvertrag nach dem BGB., Jena 1899.
Siebenhaar, Kommentar zum BGB. für das Königreich Sachsen, 3. Bd., Leipzig 1865.
Staudinger, Kommentar zum BGB., V. Bd., erl. von Herzfelder, 7. und 8. Aufl., München 1914.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 5. Bd., 1. und 2. Aufl., Berlin 1885.
Stranz-Gerhard, Das Preußische Ausführungsgesetz zum BGB., Berlin 1900.
Strohal, Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl., Berlin 1903 und 1904.
Türcke-Niedenführ-Winter, Das Bürgerliche Recht, 3. Bd., 3. Aufl., Berlin 1912.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 2. Bd., 7. Aufl., Marburg 1876.
Weizsäcker-Lorenz, Formularbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl., Berlin 1904.
Wilke-Reatz, Kommentar zum BGB., 5. Bd., Berlin 1900 (Wilke).
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Bd., 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.
Zachariae v. Lingenthal-Crome, Handb. des französischen Zivilrechts, 4. Bd., 8. Aufl., Freiburg 1895 (Zachariae oder Zachariae-Crome).

B. Monographien, Aufsätze usw.

Ahammer, Der Widerruf letztwilliger Verfügungen nach §§ 2255 und 2256 BGB., Diss. Erlangen, Weißenburg i. Br. 1908.
Benkard, Bericht über die Sitzung der Frankfurter Notarversammlung vom 3. Nov. 1902, in: Zeitschr. d. deutschen Notarvereins 1903 S. 116 ff.
Bischoff, Einiges über den Hinterlegungsschein, in: Recht 1900 S. 433 f.
Bödiker, Verwahrung des Testaments, in: Deutsche Juristenzeitung 1900 S. 500.
Brock, Das eigenhändige Testament, Berlin 1900.
Geiger, Zweifel über die Handhabung des § 2273 BGB., in: Deutsche Juristenzeitung 1900 S. 359.

Goslich, Der Nachlaßrichter hat formell ungültige Testamente und Erbverträge nicht zu eröffnen, in: Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Bd. S. 91 ff.

Greiff, Verwahrung des Testaments, in: Deutsche Juristenzeitung 1900 S. 522.

Hellmann, Das deutsche Erbrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 in kurzgefaßter Darstellung von Strohal, in: Krit. Vierteljahrsschrift, 39. Bd. S. 212 ff.

Heinsheimer, Widersprechende Testamente, in: Deutsche Juristenzeitung 1906 S. 796 ff.

Hölder, Das eigenhändige Testament, in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, 41. Bd. S. 301 ff., Jena 1900.

Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, in: Festschrift für Ferd. von Martitz, Berlin 1911.

Küntzel, Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des BGB., in: Gruchots Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts, 41. Bd. S. 583 ff.

Lafrenz, Ausschlagungsfrist beim Unterbleiben der Testamentseröffnung, in: Recht 1902 S. 553.

Mantey, Zur Anwendung der §§ 2085 und 2255 BGB., in: Recht 1906 S. 555 f.

Riemann, Darf der Richter oder Notar das vor ihm errichtete Testament vor Ablieferung in die amtliche Verwahrung zum Zwecke der Vernichtung zurückgeben? in: Recht 1909 S. 208 ff.

Rüger, Aus dem Erbrechte des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß, hgg. von Hoffmann u. a., 9. Bd. S. 401 ff.

Ude, Die amtliche Verwahrung letztwilliger Verfügungen, in: Zentralbl. für Freiw. Gerichtsbarkeit, Jahrg. 1901 S. 1 ff.

Wäntig, Ist der Notar berechtigt, das vor ihm errichtete Testament dem Testator, der das Testament widerrufen will, vor der Ablieferung an die Verwahrungsstelle zurückzugeben? in: Zeitschrift des deutschen Notarvereins, Jahrg. 1908 S. 632 ff.

Wolff, Martin, Der Bau auf fremdem Boden, insbesondere der Grenzüberbau, Jena 1900.

Zimmer, Das eigenhändige Testament nach dem BGB., in: Archiv für das Bürgerliche Recht, Bd. 24 S. 23.

C. Entwürfe, Kodifikationen, Materialien usw.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794 (ALR).

Bähr, Gegenentwurf, 1888.

Bayrisches Landrecht von 1756 (Bayr. Ldr. oder cod. Max. bav. civ.).

Berichte der Reichstagskommission von 1895/96, V. Buch (Komm. B.).

Code civil von 1804 (C. c.).

Denkschrift zum Entwurf eines BGB., Berlin 1896.

Elsaß-Lothringisches Ausführungsgesetz zum Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (Els.-Lothr. AG. z. FG.).

Entwürfe eines BGB.:

Entwurf erster Lesung 1888 (Entw. I).

Entwurf zweiter Lesung 1895 (Entw. II).

Die Reichstagsvorlage von 1896 (Entw. III).

Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte vom 18. Februar 1914, Justizministerialblatt 1914 S. 197 (Gesch. O. f. d. Gerichtsschr. der Amtsgerichte).

Haidlen, BGB. nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, 4. Bd., Stuttgart 1897.

Hessischer Entwurf (Hess. Entw.).

Jäntsch, Denkschrift zum Entwurf eines BGB., Berlin 1899.

Motive zum Entwurf eines BGB., 5. Bd., Berlin und Leipzig 1888 (Mot.).

Österreichisches Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juli 1811 (österr. GB.).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., 5. Bd., Berlin 1899 (Prot.)

Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 (FGG.).

Sachsen: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863 (sächs. GB.).

Sammlung von das Notariat im Königr. Bayern betr. Gesetzen, Verordnungen und Ministerialbekanntmachungen, J. Schweitzer Verlag, München 1901 (Schweitzers Sammlung).

D. Zeitschriften, Entscheidungssammlungen.

Archiv für bürgerliches Recht, hgg. von Kohler, Ring, Oertmann (Arch. f. bürgerl. R.).

Badische Rechtspraxis (Bad. Rpr.).

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).

Deutsche Juristenzeitung (DJZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.).
Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt (RJA.).
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot).
Hanseatische Gerichtszeitung (Hans. Ger. Z.).
Hessische Rechtsprechung (Hess. Rspr.).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, hgg. von Regelsberger und Ehrenberg (Jher. Jahrb.).
Johow, Jahrb. für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (KGJ.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern (Pos. M. Schr.).
Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, hgg. von Bechmann, Hellmann u. a. (Kr. Vjschr.).
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts (Neumann Jahrb.).
Pfälzische Rechtspraxis (Pfälz. Rechtspr.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hgg. von Mugdan und Falkmann in Leipzig (Rspr.).
Sächsisches Archiv für Rechtspflege (Sächs. Rpfl. Arch. oder Sächs. Arch. f. Rpfl.).
Schleswig-Holsteinsche Anzeigen (Schlesw. Holst. Anz.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Seuff. Arch.).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern (Seuff. Bl. f. RA.).
Soergel, Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, hgg. von Dr. Hs. Soergel in Stuttgart (Soergel).
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen (Warn.).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Bayr. Ztschr. Rpfl.).
Zeitschrift für das Notariat in Bayern (Ztschr. f. d. Not. in Bayern).
Zeitschrift des Rheinpreußischen Amtsrichtervereins (Zt. d. Rhein.-Preuß.-Amtsrichterver.).
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung (Ztbl. FG.).

I. Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt drei Arten der Aufhebung eines einfachen Testaments:

1. Aufhebung durch Widerruf (§§ 2253—57);
2. Aufhebung durch widersprechendes Testament (§ 2258);
3. Aufhebung durch Erbvertrag (§ 2289).

Von den beiden erstgenannten will ich hier handeln.

Unterlassen habe ich es dabei, die Frage, ob und inwieweit Willensmängel des Erblassers auf die Wirksamkeit der durch Widerruf erfolgten Aufhebung von Einfluß sind, einer Bearbeitung zu unterziehen, da mir eine solche nur dann von Wert erschien, wenn sie, was über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgegangen sein würde, in ausführlicher Weise geschah.

II. Aufhebung durch Widerruf.

A. Die Möglichkeit zu widerrufen.

§ 1.

§ 2253,I BGB spricht dem Erblasser das Recht zu, bis zum Tode ein Testament seinem ganzen Umfang nach oder nur einzelne in ihm enthaltene Verfügungen durch Widerruf der erbrechtlichen Wirksamkeit zu berauben. Der ihm durch das BGB. (§§ 2253,I, 2302) grundsätzlich gewährten Testierfreiheit kann der Erblasser weder einseitig noch vertragsmäßig entsagen. Die einseitige Erklärung des Erblassers in seinem Testament, eine letztwillige Verfügung späterhin überhaupt nicht oder

nur in bestimmter Form oder unter bestimmten Voraussetzungen errichten zu wollen (sog. derogatorische Klausel), verfällt als unvereinbar mit dem Wesen des Testaments[1] und dem Sinne der im § 2253, I BGB. getroffenen Bestimmung („jederzeit") der Unwirksamkeit.[2] Jedoch ist, falls der Erblasser der in seinem Testament enthaltenen derogatorischen Klausel zuwiderhandelt, zunächst im Wege der Willensauslegung zu prüfen, ob das spätere, sozusagen „unvorschriftsmäßige" Testament überhaupt eine endgültige letztwillige Verfügung und nicht etwa bloß den Entwurf einer solchen darstellt.[3]

Eine vertragliche Verpflichtung des Erblassers, durch die er sich seiner Widerrufsfreiheit begibt, ist nach § 2302 nichtig. Ein solcher Vertrag hindert ebensowenig wie die derogatorische Klausel den Erblasser an der Errichtung weiterer letztwilliger Verfügungen, aus einem solchen Vertrag kann der Erblasser vom Vertragsgegner und vom Dritten in keiner Weise, auch nicht auf Schadensersatz, in Anspruch genommen werden, das Versprechen des Erblassers, sich im Falle der Vertragsverletzung einer Strafe zu unterwerfen, ist wirkungslos[4] (§ 344 BGB.). Dabei ist unter „Vertrag" jedoch stets

---

[1] l. 4. D. de adim. leg. 34, 4: Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. Auch Planck V zu § 2253 Anm. 2.

[2] Vgl. l. 22 pr. D. de legat. III; nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat.

[3] Mot. V S. 8; Planck V, zu § 2302 Anm. 3; Meischeider § 10 a. E.; Meyer § 49 Anm. 7; Dernburg § 25 Anm. 2; vgl. auch Seuff. Arch. Bd. 6 Nr. 52 und Bd. 22 Nr. 55.

Das österr. GB. (§ 716) enthebt für seinen Bereich allen Zweifeln in dieser Richtung, indem es die derogatorische Klausel nur dann für unwirksam erklärt, wenn sie im späteren Testament ausdrücklich aufgehoben worden ist.

[4] Anders für das gemeine Recht: R. G. Bd. 19 S. 232.

nur der rein obligatorische Vertrag, wie ihn der § 2302 BGB. im Sinne hat, zu verstehen. Denn ein Vertrag, der zwar nicht eine Verpflichtung des Erblassers zur Preisgabe seiner Widerrufsfreiheit enthält, wohl aber eine auf Testament beruhende, also in nicht bindender Weise begründete erbrechtliche Anwartschaft auf den Nachlaß desselben künftigen Erblassers nochmals — jedoch nunmehr eben in bindender Weise — begründen will, somit eine einen Widerrufsverzicht darstellende erbrechtliche Verfügung zum unmittelbaren Gegenstande hat (sog. konservativer Erbvertrag)[1], ist trotz seines Inhaltes unter bestimmten Voraussetzungen als vollwirksam zu erachten.[2] Diese Voraussetzungen bestehen darin, daß der Vertrag mit allen Errichtungserfordernissen, die das BGB. in den §§ 2274 ff. für den Erbvertrag aufstellt, ausgestattet ist und daß in ihm der verfügende Teil des zu „konservierenden" Testaments vollständig wiederholt wird.[3] Fehlt dem Vertrag die letztere Voraussetzung, wird also in ihm die Testaments-

---

[1] Vgl. Schiffner S. 12, 38, 60, Anm. 17; Kretzschmar § 14, V.

[2] Wobei es dahin gestellt bleiben kann, ob in ihm ein Widerrufsverzichtvertrag als selbständiges Geschäft zu unterscheiden ist oder nicht; über den Standpunkt Schiffners: s. S. 201.

[3] Vgl. Leonhard zu § 2302 Anm. II, D; KRGR zu § 2302; Crome V § 646; Kretzschmar § 14, IV; Mot. V S. 313, 314.

Das BGB. für das Königreich Sachsen enthielt in § 2213 die Bestimmung: „Ein Vertrag, durch welchen der Erblasser auf das Recht, seinen letzten Willen zu widerrufen, verzichtet, ist nichtig, ausgenommen wenn derselbe in den für Erbverträge bestimmten Formen geschlossen worden ist."

Über die Stellung der gemeinrechtlichen Literatur vgl. Windscheid § 564 Anm. 5 und die dort sowie bei Schiffner S. 60 Anm. 17 Angeführten. Vgl. auch die den Standpunkt des RG. für das gem. Recht klar kennzeichnende Entsch. Bd. 19 S. 232. Auch das bayr. Ldr. (III. Teil 11. Kap. § 1) kennt einen Vertrag de conservanda hereditate. Siehe auch v. Roth-Becher III. Teil 1. Abt. § 366 Z. 2.

urkunde lediglich in bezug genommen, so ist er gleich einem Testament, dessen Inhalt ganz oder teilweise durch Verweisung auf eine andere nicht in Testamentsform errichtete Urkunde bestimmt wird (testamentum mysticum), deshalb unwirksam, weil solche Bezugnahme auf andersartige, an dritter Stelle befindliche Urkunden den Zweck der vom BGB. für Testament und Erbvertrag gegebenen Formvorschriften völlig vereiteln würden. Mit Unrecht stehen demzufolge Dernburg (V § 25 Anm. 1), Staudinger (zu § 2278 Bem. 2), Schiffner (S. 60 Anm. 17 und S. 201) und offenbar auch Kipp (bei Windscheid Bd. 3 § 564 Nr. 5 und Lehrb. § 42 Anm. 2 — im Anschluß an die einen ganz anderen Fall behandelnde Entscheidung des Bayr. Ob. Lg. in Bayr. Ztschr. Rpfl. 1906 S. 105 —) auf dem Standpunkt, daß schon ein Vertrag, in dem der bloße Verzicht des Erblassers auf den Widerruf einer testamentarischen Erbeinsetzung zum Ausdruck gekommen sei, als Erbeinsetzungsvertrag aufrecht erhalten werden könne.[1]

Nicht beipflichten kann ich der Ausführung Strohals (§ 42, I), daß man bei der Aufnahme einer letztwilligen Verfügung in einen konservativen Erbvertrag nicht von einer nachträglich eingetretenen Unwiderruflichkeit dieser Verfügung reden könne, weil die Verfügung durch die in wirksamer Weise erfolgte Aufnahme in den Erbvertrag eben aufgehört habe, eine letztwillige zu sein. Denn im fraglichen Falle stimmen Erbvertrag und Testament ihrem Inhalte nach völlig überein, das im Erbvertrag bindend begründete Recht der Bedachten erfährt also durch das frühere Testament des Erblassers weder eine rechtliche noch eine wirtschaftliche Beeinträchtigung i. S. des § 2289 BGB., der Wirksamkeit des Testaments als letztwilligen Verfügung steht somit nach wie vor nichts

[1] Siehe auch Meyer § 49 Anm. 4 und 5.

entgegen, ja, ein eingesetzter Erbe kann sogar die Berufung aus dem Erbvertrag ausschlagen und die auf Grund des Testaments annehmen (§ 1948 BGB.).

Wie alle letztwilligen Verfügungen[1] kann auch der Widerruf von einer Bedingung abhängig gemacht werden[2], soweit die unten zu besprechenden Arten des Widerrufs ihrem Wesen nach überhaupt eine Bedingung zulassen.[3] Der Erblasser kann also z. B. sehr wohl letztwillig bestimmen: „Ich widerrufe mein Testament vom 10. Januar 1914, durch das der X zum Alleinerben eingesetzt ist, für den Fall, daß ihm in einer Lotterie ein Gewinn von mindestens 100 000 Mark zufallen sollte". Tritt nun die vorgenannte Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers ein, so ist der X in der Zeit vom Erbfall bis zum Eintritt der Bedingung Vorerbe, die gesetzlichen Erben sind Nacherben. Denn die Bedingung, welcher der Widerruf unterworfen ist, stellt sich für die im ersten Testament verfügte Zuwendung stets als auflösende Bedingung dar, er macht diese Zuwendung zu einer auflösend bedingten.[4] Darüber herrscht in der Literatur kein Streit.[5] Das ist auch ohne weiteres klar, wenn man den bedingten Widerruf auf seine sachliche Bedeutung prüft. Das Ergebnis einer solchen Prüfung

---

[1] Siehe KRGR. zu § 2074; Planck V Vorbem. zu §§ 2074—76 Anm. 1; Enneccerus I § 182, I c.

[2] Vgl. Leonhard zu § 2254, IV; Kretzschmar § 21, II, 1 d; KRGR. zu § 2253 Anm. 1; Böhm S. 199 Anm. 1.

[3] In den Fällen der §§ 2255, 2256 BGB. wohl kaum denkbar.

[4] Anders im römischen und gemeinen Recht, das auflösende Bedingungen bei letztwilligen Anordnungen nicht zuließ. Vgl. l. 10 pr. D. de adim. leg. 34, 4; Arndts, Pand. § 551 Anm. h (S. 973); Windscheid-Kipp, Bd. III § 640 Anm. 9.

[5] Vgl. Dernburg § 40 Anm. 7; Crome § 655, III; Leonhard zu § 2254, IV; Kretzschmar § 21, II, 1 d; Enneccerus I § 182, 1 c; Meyer § 49 Anm. 8; Mot. V S. 25.

wird ausnahmslos dahin gehen, daß die vom bedingten Widerruf betroffenen Bedachten nicht erst bei Nichteintritt der Bedingung in den Genuß der ihnen gemachten Zuwendungen gelangen und vorher nur eine Anwartschaft darauf haben, sondern daß ihnen die Zuwendungen gerade erst bei Eintritt der Bedingung entzogen, sie in der Zwischenzeit vom Erbfall an also eine vollwirksame Rechtsstellung in ihrer Eigenschaft als Erbe, Vermächtnisnehmer usw. haben sollen.

Somit trifft auf den bedingten Widerruf auch nicht die Auslegungsregel des § 2074 BGB. zu. Die Frage, ob der bedingte Widerruf auch für die Erben des jeweils von ihm Betroffenen oder Begünstigten seine Wirksamkeit behält, ist Sache der freien Auslegung im konkreten Falle.

In ihren Wirkungen[1] dem bedingten Widerruf zumeist gleichkommen wird die sog. privatorische oder kassatorische Klausel, d. h. die in einer letztwilligen Verfügung enthaltene Bestimmung des Erblassers, daß der Bedachte die ihm in dieser Verfügung gemachten Zuwendungen entzogen bekommen solle, wenn er den letzten Willen anfechte oder ihm sonst zuwiderhandle.[2]

B. Die Fähigkeit zu widerrufen.

§ 2.

Da der Widerruf das von ihm angegriffene Testament ganz oder teilweise aus dem Wege räumt und etwas anderes — sei es auch nur die gesetzliche Erbfolgeordnung — an dessen Stelle setzt, somit also die Nachlaßverhältnisse des Widerrufenden bestimmt, hat er, wenn man ihn auch mit den Motiven (S. 297) entgegen Crome (§ 655, I), Meyer (§ 49 Ziff. 1) u. a. nicht direkt als

[1] nicht aber in ihrem Wesen, wie Dernburg pr. Privr. III § 171 Anm. 19 und Bürgerl. R. Bd. V § 40 Anm. 10 annimmt.

[2] Vgl. Mot. V S. 22.

letztwillige Verfügung in dem sonst üblichen Sinne anerkennen will, doch zum mindesten die Wirkungen einer solchen und erfordert zu seiner Wirksamkeit in der Person des Widerrufenden dieselben Eigenschaften und Fähigkeiten, deren letzterer für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung bedürfte.[1] Das kommt nicht allein, was den ausdrücklichen Widerruf (§ 2254) anbetrifft, für die Form des Widerrufstestaments in Betracht, so daß z. B. ein testierfähiger Minderjähriger (§ 2229 Abs. 2) das Testament, das er nach der ihm vorgeschriebenen Form des § 2238 Abs. 2 errichtet hat, auch nur wieder in einem Testament gleicher Form widerrufen kann.[2] Das gilt vor allem auch bei sämtlichen Widerrufsarten hinsichtlich der in den allgemeinen Regeln über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.) und den §§ 2229, 2230 normierten Testierfähigkeit des Erblassers.[3] Ist z. B. der Erblasser nach der Errichtung eines Testaments dauernd wegen Geisteskrankheit entmündigt (§ 104 Ziff. 3) oder befindet er sich seitdem in einem nicht nur vorübergehenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit, der seine freie Willensbestimmung ausschließt (§ 104 Ziff 2), so kann er das einmal errichtete Testament nicht mehr widerrufen. Ist er zwar nicht geschäftsunfähig, gibt er aber die Widerrufserklärung im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit ab, so ist diese Erklärung unwirksam (§ 105 Abs. 2).

Der Grundsatz, daß der Widerrufende nach den oben bezeichneten Normen testierfähig sein muß, wird jedoch

---

[1] Dernburg § 39, II, III; Brock S. 101; Eichhorn S. 99; Sauer § 69. Staudinger (zu §§ 2253—2257) betrachtet jeden Testamentswiderruf als letztwillige Verfügung im „negativen Sinne".

[2] Siehe ferner die Zusammenstellung bei Meischeider § 7, I, No. 5.

[3] Siehe Leonhard zu § 2229 Anm. II; Frommhold zu § 2229; Fischer Henle zu § 2229; Crome § 647.

für § 2229 Abs. 3 von einer Ausnahmebestimmung durchbrochen. § 2253 Abs. 2 nämlich ordnet an, daß auch dem wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten der Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testaments möglich sein soll (sog. negative Testierfähigkeit)[1], wobei aber vorweg zu beachten ist, daß die Vorschrift nur dann Anwendung findet, wenn tatsächlich eine Entmündigung stattgefunden hat,[2] und daß ferner die beschränkte konstitutive Bedeutung des nur wegen Geistesschwäche ergehenden Entmündigungsbeschlusses der weitergehenden prozeßrichterlichen Feststellung völliger Geschäftsunfähigkeit des Erblassers nach § 104 Ziff. 2 und damit verknüpfter Widerrufsnichtigkeit keineswegs im Wege steht.[3] Ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter bedarf beim Widerruf nicht der Mitwirkung seines Vormunds (§§ 106, 114, 2229 Abs. 1). Unter „Widerruf" i. S. des § 2253 Abs. 2 ist nur die rein negative Widerrufserklärung zu verstehen. Sind also in dem Widerrufstestament (§ 2254) eines solchen Entmündigten neben der Widerrufserklärung Anordnungen positiven Inhalts vorhanden — wie dies beim Widerrufstestament eines unbeschränkt Geschäftsfähigen rechtswirksam der Fall sein kann; siehe unten § 4 —, so sind diese Anordnungen mangels voller Testierfähigkeit

---

[1] Siehe Staudinger zu §§ 2253—57 Anm. 3 und Cosack II, § 349, I, Ziff. 2.

[2] Recht 1912 No. 2959 (auch bei Sörgel 1912 zu § 2253); daß der Entmündigungsbeschluß unanfechtbar geworden ist, halte ich entgegen RG. in JW. 1907 S. 737 jedoch nicht für erforderlich.

[3] RG. in Pos. M. Schr. 1908 S. 13 (weniger ausführlich auch in JW. 1907 S. 737 und bei Neumann VII zu § 2253).

Über den Unterschied zwischen Geistesschwäche und Geisteskrankheit siehe die treffende Definition Stammlers bei Brock S. 101 Anm. 1 und Enneccerus § 86, I, 1.

des Widerrufenden nichtig, wodurch jedoch die Widerrufserklärung gemäß § 2085 i. Zw. nicht ungültig wird.[1] Der gegenteiligen Ansicht würde nicht allein die im folgenden dargelegte Bedeutung des § 2253 Abs. 2, sondern auch vor allem der Umstand widersprechen, daß durch sie der mit § 2229 Abs. 3 vom Gesetzgeber verfolgte Zweck im gegebenen Falle ganz illusorisch werden würde. Dieser Zweck besteht nämlich in der Beseitigung aller der Gefahren und Nachteile, die gerade mit der Befugnis eines Entmündigten, über seinen Nachlaß in positiver Weise zu bestimmen, verbunden sind.[2] Aus den gleichen und den im § 10 näher bezeichneten Gründen — das Aufhebungstestament nach § 2258 BGB. enthält keinen stillschweigenden Widerruf! — findet die Vorschrift des § 2253, II BGB. auch im Falle einer Aufhebung nach § 2258 BGB. keine Anwendung,[3] d. h. wenn ein wegen Geistesschwäche etc. Entmündigter ein Testament positiven Inhalts errichtet, das die Aufhebung eines früheren Testaments nur kraft seines abweichenden Inhalts zur Folge haben würde, so übt das spätere Testament keinerlei Wirkung aus und das frühere bleibt in Kraft.

Die Ausnahmebestimmung des § 2253 Abs. 2, die in verwandten Vorschriften des sächs. GB. (§ 2210 S. 2), des pr. ALR. (Anh. 42 zu I, 12, § 565) und anderer älterer Gesetzgebungen[4] hinsichtlich des wegen Verschwendung Entmündigten einen Vorgang hat, ist dem BGB. erst auf Veranlassung des Bundesrats[5] zusammen

[1] Leonhard § 2253, II B; Kretzschmar § 21, I, 3.

[2] Im einzelnen siehe darüber Jäntsch S. 311, 312.

[3] Vgl. Leonhard zu § 2253, II B; Planck zu § 2253 Anm. 4; Kretzschmar § 21. I, Abs. 3; Eichhorn S. 99.

[4] Siehe den Überblick in den Mot. V S. 250 und bei Staudinger zu § 2229 Anm. II.

[5] Siehe jedoch bereits Prot. Bd. V S. 325, 352.

mit § 2229 Abs. 3 einverleibt worden. Sie ist in der Literatur gepriesen und angefeindet worden, hat auch zu Streitfragen Veranlassung gegeben.

Über die innere Berechtigung der von einer Anzahl von Schriftstellern[1] als „inkonsequent" bezeichneten Vorschrift zunächst kann man allerdings geteilter Meinung sein.[2] Für die Vorschrift spricht folgende Erwägung[3]: Wenn dem Entmündigten die Testierfähigkeit entzogen wird, so findet dies seine Rechtfertigung in der naheliegenden Besorgnis, daß der Entmündigte die Testierfähigkeit mißbrauchen, daß z. B. der Verschwender zum Nachteil seiner gesetzlichen Erben die Genossen seines leichtsinnigen Lebenswandels bedenken oder sich an denjenigen rächen werde, die seine Entmündigung veranlaßt haben. Es handelt sich also hier im wesentlichen um einen Schutz der gesetzlichen Erben. Diese Rücksicht kann aber nicht auch zur Entziehung der Widerrufsbefugnis führen, da deren Ausübung ja eben infolge der Beseitigung des früheren Testaments das Eintreten der gesetzlichen Erbfolge veranlaßt. Als weiterer Grund für die Einsetzung des § 2253 Abs. 2 kommt, wie Endemann (§ 50 Anm. 2), Kuhlenbeck (§ 20 Anm. 1), Hallbauer (S. 51) und Ahammer (S. 6) richtig hervorheben,[4]

---

[1] Frommhold zu § 2253 Anm. 2; Kuhlenbeck § 20 Anm. 1; Hellmann in Kr. Vjschr. Bd. 39 S. 223.

[2] RG. in Pos. M. Schr. 1908 S. 13 (siehe auch Neumann Bd. 7 zu § 2253) hebt hervor, daß der § 2253 II nicht die Auffassung zum Ausdruck bringe, als ob gerade der in ihm erwähnte Widerruf einer minderen oder gar keiner gereiften Überlegung bedürfe, daß er vielmehr auf singulären, auf einem anderen Gebiete liegenden Erwägungen beruhe.

[3] So Küntzel (S. 598 f.) und Frommhold (zu § 2253) aus dem Mommsenschen Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht (1876).

[4] Vgl. auch Dernburg § 39 III; Crome § 655 I, II.

folgendes in Betracht: Ein entmündigter Erblasser hat schon vor Stellung des Entmündigungsantrags, behaftet mit dem Gebrechen, das dann später zu seiner Entmündigung führte, ein unüberlegtes Testament errichtet, erkennt aber nach seiner Entmündigung die Torheit seiner bisherigen Lebens- und Handlungsweise. Oder das Testament, das er vor der Entmündigung aufgestellt hatte, entsprach zwar durchaus den damaligen Umständen, ist aber nach diesem Zeitpunkte infolge veränderter Verhältnisse unsachgemäß geworden. In diesen Fällen würde es hart sein, wollte man dem Erblasser nicht die Kassierung des unvernünftigen oder unsachgemäßen Testaments und damit nicht wenigstens die Auslösung der gesetzlichen Erbfolge ermöglichen. Andererseits haften dem § 2253 Abs. II, von Leonhard (zu § 2253 II B), Endemann (a. a. O.), Rüger (S. 420) und Frommhold (zu § 2253) mit Recht betont,[1] auch unleugbare Schattenseiten an. So kann insonderheit der Entmündigte die ihm durch das Widerrufsrecht gegebene Macht dazu mißbrauchen, ein den Verhältnissen durchaus gerecht werdendes Testament nur deshalb umzustoßen, um an denen Rache zu üben, die seine Entmündigung beantragt haben. Diese Erwägung wird denn wohl häufig den Bedachten von der Ausübung der ihm nach § 646 CPO. zustehenden Antragsbefugnis abhalten, was dem Erblasser, der durch die Entmündigung geschützt werden soll, in den meisten Fällen zum Nachteil gereichen dürfte.[2] Der Entmündigte kann ferner im Bannkreis seiner Schwäche ein vernünftiges Testament lediglich aus mangelnder Einsicht durch teilweisen Widerruf in eine

---

[1] Auch Hellwig S. 642 Anm. 327a nennt die Vorschrift „singulär und höchst bedenklich".

[2] Siehe auch Dernburg § 39 Anm. 4.

materiell fast ganz neue, völlig unsachgemäße letztwillige Verfügung umgestalten.

Denn auch der teilweise Widerruf, darunter die Herabsetzung oder Streichung von Vermächtnissen, ist, um nunmehr auf die Streitpunkte in der Auslegung des § 2253 Abs. 2 überzugehen, dem Entmündigten gestattet. Das wird zwar von Peiser (§ 8 Abs. 2 — ohne Begründung —) angezweifelt, ist aber trotz der Worte „errichteten Testaments" mit allen übrigen Schriftstellern[1] als zutreffend zu erachten, weil der Wirkungsbereich des Widerrufs im Hinblick auf jedes Testament durch die im Abs. 1 des § 2253 enthaltene positive Vorschrift festgesetzt wird und danach eben, soweit es die Widerrufsform zuläßt, jede einzelne Verfügung eines Testaments widerrufen werden kann.

Die Frage, ob der entmündigte Erblasser ein nach der Entmündigung gemäß § 2254 BGB. errichtetes Widerrufstestament widerrufen kann, so daß also das frühere Testament auf Grund des § 2257 BGB. wieder zum Aufleben kommt, wird von der herrschenden Meinung[2] verneint und nur von Kipp (§ 21 Abs. 4) bejaht. Kipps Standpunkt ist unhaltbar; seiner Begründung, daß die Natur der Sache für den Entmündigten die Befugnis zum Widerruf eines solchen Widerrufstestaments verlange, daß nämlich ein im Stande der Entmündigung errichtetes Testament nicht widerstandsfähiger sein könne als ein bei voller Geschäftsfähigkeit errichtetes, steht der unzweideutige Wortlaut des § 2253 Abs. 2 („eines vor der Entmündigung errichteten Testaments"), vor allem aber

[1] Strohal § 42 II; Dernburg § 39 III; Leonhard zu § 2253 IIB; Planck zu § 2253 Anm. 4; Crome § 655 Anm. 5.

[2] Dernburg § 39 Abs. 3; Planck zu § 2253 Anm. 4; Strohal § 42 Anm. 3; Leonhard zu § 2253 Abs. 2B; Crome § 655 Anm. 7; Meyer § 49 Anm. 11; KRGR. § 2253; Kretzschmar § 21 Z. 3 u. A.

auch die oben näher auseinandergesetzte ratio legis entgegen, die einem Entmündigten eben nur insoweit Testierfähigkeit gewähren will, als seine Nachlaßanordnung auf Begünstigung der gesetzlichen Erbfolge hinzielt.

Mit dieser ratio steht allerdings nicht im Einklang, daß der entmündigte Erblasser ein erstes Testament wieder wirksam machen, also der praktischen Bedeutung nach eine letztwillige Verfügung mit positiven Anordnungen treffen kann, indem er ein vor der Entmündigung errichtetes Widerrufstestament oder ein zu diesem Zeitpunkt errichtetes zweites Testament abweichenden Inhalts widerruft; eine Folgerung, die nach der Fassung des § 2253 Abs. 2 und dessen Verbindung mit den §§ 2257, 2258 Abs. 2 BGB. ganz unabweisbar, vom Gesetzgeber aber, wie bereits Leonhard (zu § 2253 II B) angenommen hat,[1] offenbar übersehen worden ist. Strohal (§ 42 II), Kretzschmar (§ 21 Z. 3), Meyer (§ 49 Anm. 9) und Ahammer (S. 7) wollen gleichwohl besagte Folgerung, soweit eine Verbindung des § 2253 Abs. 2 mit § 2257 in Frage kommt, im Gegensatz zur herrschenden Meinung[2] nicht zulassen. Ihrer Ansicht nach ist das Recht des Entmündigten zum Widerruf auf Testamente positiven Inhalts beschränkt. Der von Strohal geführte Beweis dieser Ansicht stützt sich auf folgende Erwägungen: Nach dem — auch von mir oben eingenommenen — Standpunkt der herrschenden Meinung sei der seitens des Entmündigten nach der Entmündigung erfolgte Widerruf, solange die Entmündigung dauere, unwiderruflich. Es

[1] Vgl. auch Planck zu § 2253 Anm. 4.

[2] Dernburg § 39 III; Planck zu § 2253 Anm. 4; Leonhard zu § 2253 II B; KRGR. zu § 2253; Crome § 655 Anm. 6; Kuhlenbeck § 20 Anm. 1; Endemann § 50 Anm. 2; Kipp § 21 IV (anders noch bei Windscheid III § 539 Zus. 4); Cosack II § 358 I 1 b (mit der ironischen Bemerkung: „Ein Widerruf vor der Entmündigung ist also widerruflich, ein Widerruf nach der Entmündigung ist unwiderruflich!").

müsse also, wenn man mit den Gegnern dem Entmündigten die Befugnis zum Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Widerrufstestaments zuspreche, das durch einen solchen Widerruf gemäß § 2257 BGB. zum Wiederaufleben gebrachte erste Testament als unwiderruflich betrachtet werden. Damit werde aber gerade das Gegenteil von dem erreicht, was der § 2253 Abs. 2 BGB. bezwecke, nämlich dieses Testament dem Widerruf während der Dauer der Entmündigung nicht zu entziehen. Die Zulassung des Widerrufs eines vor der Entmündigung vorgenommenen Widerrufs führe demnach mit Notwendigkeit zu einer Fehlentscheidung, die nur dann vermieden werde, wenn man seiner (Strohals) Ansicht folge.

Man wird sich zunächst fragen: Ist es denn nicht inkonsequent, wenn Strohal, was von Endemann (§ 50 Anm. 2) und Küntzel (S. 599) verkannt wird, die Widerrufsbefugnis des Entmündigten auf alle Testamente positiven Inhalts, also auch auf ein Aufhebungstestament i. S. des § 2258 BGB. beschränkt, da doch der Widerruf eines solchen Aufhebungstestaments gemäß § 2258 Abs. 2 BGB. dieselben Wirkungen äußert wie der Widerruf eines rein negativen Widerrufs nach § 2257 BGB.? Die Verneinung dieser Frage ergibt sich aus den eigenen Ausführungen Strohals (a. a. O.). Er hält nämlich den Widerruf des ersten vor der Entmündigung errichteten Testaments auch dann noch für möglich, wenn das spätere Testament abweichenden Inhalts nach der Entmündigung bereits widerrufen worden ist. In diesem Falle ist also das erste Testament für ihn nicht unwiderruflich und sonach mit der Zulassung des nach Entmündigung erfolgenden Widerrufs eines Aufhebungstestaments i. S. des § 2258 BGB. kein Verstoß gegen den Geist des § 2253 Abs. 2 BGB. verbunden.

Die an sich zwingende Beweisführung Strohals kann den gegnerischen Standpunkt ebensowenig begründen, wie es der schon erwähnte, von Kretzschmar (a. a. O.) und Ahammer (a. a. O.) verwertete Umstand vermag, daß die Befugnis des entmündigten Erblassers, ein vor Entmündigung errichtetes Widerrufstestament zu widerrufen, auf das Recht zur Anordnung einer letztwilligen Verfügung mit positivem Inhalt herauskommt und daß bei Ausübung dieser Befugnis die vielleicht sonst Platz greifende gesetzliche Erbfolge durch das Wiederaufleben des widerrufenen Testaments verdrängt, also dem Zweck des § 2253 Abs. 2 BGB. zuwider ein unter Umständen unvernünftiges Testament vor der gesetzlichen Erbfolge bevorzugt wird. Denn aus dem unbefriedigenden Ergebnis, das die Anwendung gesetzlicher Vorschriften auf einen bestimmten Fall oder eine bestimmte Gruppe von Fällen hat, kann nicht das Recht hergeleitet werden, für diesen Fall oder diese Gruppe von Fällen den fraglichen Vorschriften eine Deutung zu geben, die aus dem Wortlaut der Vorschriften nicht im Geringsten erhellt, die aber der Gesetzgeber, wenn er ihre Notwendigkeit erkannt, schon zur Verhütung von Zweifeln wörtlich zum Ausdruck gebracht hätte oder wenigstens hätte bringen müssen.

Die Argumentation Küntzels (S. 599) ist zu einer Widerlegung der gegnerischen Meinung nicht geeignet. Daß der entmündigte Erblasser im gegebenen Falle das Wiederaufleben des früheren Testaments durch Erneuerung des gegen dieses Testament gerichteten Widerrufs verhindern kann, ist wohl richtig. Wie aber, wenn er die Erneuerung aus Unvernunft unterlassen oder wenn er sie sogar blos vergessen hat? Und wenn Küntze weiter ausführt, daß die Gründe, die dazu Anlaß gäben, dem Entmündigten die Testierbefugnis zu entziehen, der

Geltung des ersten Testaments nicht entgegenständen, so mag das auch wohl meistens zutreffend sein. Damit ist aber keineswegs ausgeschlossen, daß ein solches Testament zwar zur Zeit seiner Errichtung sachgemäß war, zur Zeit seines Wiederauflebens jedoch vernunftwidrig ist, ganz abgesehen davon, daß der § 2253 Abs. 2 BGB. eben nicht die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung positiven Inhalts und die damit unter Umständen verbundene Ausschaltung der gesetzlichen Erbfolge herbeiführen will.

C. Die verschiedenen Widerrufsarten.

1. Allgemeines.

§ 3.

Das BGB. hat zwar für den Widerruf im Prinzip keine Unterscheidung nach den verschiedenen Testamentsarten, gegen die er sich richten kann, getroffen. Wohl aber hat es ihm bestimmte Formschranken (§§ 2254—56) gewiesen, außerhalb deren er sich mit Wirksamkeit nicht vollziehen kann.[1] Ein formfreier Widerruf, wie er nach der Entscheidung des RG. Bd. 16 S. 237 und Bd. 34 S. 301 unter der Herrschaft des ALR. möglich war und in Gestalt der Ademtio legati[2] im gemeinen Recht vorkam — der stillschweigende Widerruf eines Vermächtnisses wurde hier schon in dem Umstand gefunden, daß eine tiefgehende Feindschaft zwischen Erblasser und Vermächtnisnehmer entstanden war,[3] — ist dem BGB. unbekannt. Allerdings gibt es eine Reihe von Erklärungen und Handlungen des Erblassers, die vom BGB. mit den Wirkungen des Widerrufs ausgestattet sind, obwohl sie

[1] Vgl. Sächs. Rechtspfl. Arch. 1909 S. 528.

[2] Vgl. Köppen § 125 I.

[3] l. 3 § 11, l. 31 § 2 D. 34, 4.

nicht in den Formen der §§ 2254—2256 erfolgen. So wird eine letztwillige Verfügung, in der vom Erblasser die Entziehung des Pflichtteils angeordnet ist, durch später eintretende Verzeihung unwirksam (§ 2337), wobei unter Verzeihung jede Willenskundgebung des Erblassers, auch stillschweigender Natur, zu verstehen ist, aus der die Wiederherstellung des gestörten Familienverhältnisses erhellt. Die Unwirksamkeit testamentarischer Bestimmungen, deren Gegenstand die Anordnung von Vermächtnissen bildet, kann der Erblasser in folgenden Fällen veranlassen:

a) Wenn er einen vermachten Gegenstand auf irgend welche Art veräußert und dadurch bereits vor dem Erbfall zum Ausscheiden aus der zukünftigen Erbschaftsmasse bringt (§ 2169 I).

b) Wenn er einen bestimmten Vermächtnisgegenstand körperlichen Einwirkungen unterzieht, die nach den im § 2172 I bezeichneten Vorschriften des Sachenrechts geeignet sind, die gleichfalls dort — im § 2172 I — genannten Veränderungen der Rechtsbeziehungen dieses Gegenstandes herbeizuführen (§ 2171, 2172).

c) Wenn er eine Forderung einzieht, die ihm zwar zusteht, die er aber als Vermächtnis ausgesetzt hatte (arg. e contrario aus § 2173: es besteht kein Zweifel, daß der Erblasser den auf Grund des Schuldverhältnisses geleisteten Gegenstand bzw. eine der eingezogenen entsprechende Geldsumme dem Vermächtnisnehmer nicht zuwenden wollte).

In diesen drei Fällen läßt sich aber nicht etwa ein stillschweigender Widerruf annehmen, und zwar deshalb nicht, weil entweder eine Willensäußerung des Erblassers überhaupt fehlt (so b) oder der Wille des Erblassers auf etwas anderes als die Aufhebung der letztwilligen Verfügung gerichtet ist.

Die Widerrufsformen des BGB. charakterisieren sich in den Hauptgruppen als Widerruf durch besondere Erklärung (§ 2254) und Widerruf durch schlüssige Handlungen (§§ 2255, 2256).

2. Widerruf durch besondere Erklärung[1] (Testamentserrichtung).

§ 4.

Der besonders erklärte Widerruf vollzieht sich durch Errichtung eines neuen Testaments (§ 2254): Der Erblasser kann eine letztwillige Verfügung ganz oder teilweise zur Unwirksamkeit bringen, indem er ein neues Testament errichtet und in ihm die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung abgibt, daß er sein früheres Testament ganz oder wenigstens einzelne in ihm enthaltene Bestimmngen widerrufe. Jede beliebige Testamentsform steht ihm dazu offen, gleichgültig in welcher Form er das zu widerrufende Testament errichtet hatte. Ein öffentliches Testament kann also durch Privattestament widerrufen werden[2] und umgekehrt; der Widerruf kann auch, wenn deren Voraussetzungen vorhanden sind, in bürgerlichen Testamenten außerordentlicher Form (§§ 2249—51) und in Militärtestamenten (§ 44 Reichsmil. Ges. v. 2. V. 74, Art. 44 EG. BGB.) erfolgen.[3]

[1] Die in der Literatur sonst gebräuchliche Formulierung: „Widerruf durch ausdrückliche Erklärung" wurde vermieden, um nicht einen Irrtum dahin zu erregen, als sei eine stillschweigende Widerrufserklärung in Testamentsform vom Gesetz ausgeschlossen.

[2] Das begründet allerdings, wie Endemann (§ 50) mit Recht hervorhebt, die Gefahr, daß das widerrufende eigenhändige Testament erst später entdeckt wird und dann alle auf Grund des öffentlichen Testaments bereits eingetretenen Rechtswirkungen für die Erben rückgängig gemacht werden. Dieser Gefahr kann der Erblasser durch Beachtung des § 2248 BGB. vorbeugen. Siehe auch Dernburg V, § 40 IV.

[3] Vgl. Eichhorn S. 99 Anm. II 1a; Kretzschmar § 21 II; Zimmer i. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 24 S. 23; Prot. V S. 351 ff.

Dabei sind für das den Widerruf enthaltende Testament dieses Inhalts wegen vom Gesetz nicht etwa Erleichterungen irgend welcher Form vorgesehen; das Widerrufstestament muß vielmehr allen Erfordernissen einer letztwilligen Verfügung (§§ 2231—48) entsprechen. Es sind also ebensogut bei der Errichtung eines Widerrufstestaments öffentlicher Form die Vorschriften über Verschließung und Verwahrung (§ 2246) zu beachten,[1] wie das Privattestament, das den Widerruf trägt, vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unter Orts- und Zeitangabe unterschrieben sein muß (§ 2231 Z. 2). Da letzteres bei den auf die Urkunde des zu widerrufenden Testaments gebrachten bloßen Vermerken „annulliert“[2] oder „veraltet“[3] nicht der Fall ist, stellen sie keinen Widerruf i. S. des § 2254[4] dar. Ein an den Bedachten gerichteter Brief mit Widerrufserklärung reicht — vorausgesetzt, daß er eben in der Form des § 2231 Z. 2 abgefaßt ist — nur dann aus, wenn er erkennen läßt, daß der Erblasser mit ihm eine letztwillige Anordnung hat treffen[5] und nicht etwa bloß die Mitteilung von einem in der Vergangenheit liegenden Widerrufsvorgang hat machen wollen.[6]

Da ein von vornherein ungültiges oder mit rückwirkender Kraft nichtig gewordenes Widerrufstestament

---

[1] Vgl. Maercker S. 192 oben. Näheres bei Jastrow T. II S. 300 ff.; insbes. Abschn. 161 Anm. 4.

[2] Hans. Ger. Z. 1910 Beibl. S. 200 ff; JW. 1911 S. 545.

[3] KG. J. 36, A. 77.

[4] Vgl. auch hinsichtlich späterer nicht ordnungsgemäß unterschriebener Zusätze, die einen Widerruf einzelner Bestimmungen enthalten: Mantey im Recht Bd. X S. 555; RG. Bd. 71 S. 293; JW. 1911 S. 590 No. 37.

[5] JW. 1910 S. 22 = Recht Bd. 14 (1910) No. 103; Leonhard zu § 2254; KRGR. zu § 2254.

[6] Recht 1913 No. 2590 = Hans. Ger. Z. 1913 Beibl. 133.

keine Widerrufswirkungen äußert,[1] bleibt in solchen Fällen das vom Widerruf angegriffene Testament in Kraft. Das gilt namentlich auch dann, wenn die Widerrufserklärung in einem außerordentlichen Testament enthalten und dieses Testament infolge Ablaufs der für seine Gültigkeit im § 2252 festgesetzten Zeitdauer von drei Monaten in Wegfall gekommen ist.[2]

Der Widerruf braucht nicht den einzigen Inhalt des ganzen Testieraktes zu bilden,[3] der Erblasser kann daneben auch neue letztwillige Verfügungen jeder zulässigen Art treffen. Sind lediglich diese neuen Verfügungen unwirksam, z. B. aus den Gründen des § 2077, so bleibt im Regelfalle der Widerruf, mag er auch nur stillschweigend erklärt sein, gültig (§ 2085).[4] Es lassen sich jedoch auch Fälle denken, in denen der Erblasser den Widerruf nur mit Rücksicht auf die neuen Verfügungen ausgesprochen hat, und dann zieht die Unwirksamkeit der letzteren auch die des Widerrufs nach sich.[5]

Ein unverständlicher Widerruf kommt so wenig in Betracht, wie jede andere unverständliche letztwillige Anordnung.[6] Richtet sich der Widerruf gegen eine einzelne Testamentsbestimmung, läßt sich aber nicht ermitteln, welche von mehreren getroffen werden soll, so ist der Widerruf dann wirkungslos, wenn die ver-

---

[1] KRGR. zu § 2254; Endemann § 50; Matthiass § 278 III; Staudinger V zu § 2253—57 Anm. III a.

[2] Mot. V S. 298 und die ges. übrige Literatur.

[3] Im römischen Recht mußte ein zu widerrufendes Testament 10 Jahre alt sein, falls eine nackte Widerrufserklärung wirksam sein sollte (siehe darüber Koeppen S. 573).

[4] Vgl. Leonhard zu § 2254 II C. Über das Recht vor 1900 siehe Meyer § 49 Anm. 14.

[5] Planck zu § 2254 Anm. 3.

[6] Meyer § 32 unter 2 d, § 49 Anm. 15; Windscheid-Kipp § 640 Anm. 8; Marcus § 67.

schiedenen Bestimmungen Zuwendungen an verschiedene Personen zum Inhalt haben. Denn diese Zuwendungen sind sämtlich solange begründet, bis ihre Unwirksamkeit nachgewiesen wird, was im fraglichen Falle unmöglich ist. Streng genommen würde das auch dann zutreffen, wenn die verschiedenen Bestimmungen Zuwendungen an eine und dieselbe Person enthalten.[1] Hier verlangt aber die Billigkeit, daß der betreffenden Person dem Willen des Erblassers entsprechend eine der Zuwendungen entzogen und den übrigen Bedachten zugeführt wird, was ja auch praktisch leicht dadurch zu erreichen ist, daß man dieser Person ein Wahlrecht zugesteht, welche Zuwendung sie als widerrufen und welche als wirksam betrachtet wissen will.[2]

3. Widerruf durch schlüssige Handlungen.

§ 5.

a) Urkundenvernichtung oder -veränderung.

Bereits vor dem BGB. gab es Kodifikationen, die einen Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde zuließen. So konnte schon nach römischem und gem. Recht[3] ein schriftliches Testament durch absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde

[1] a. A. Dernburg § 40 Anm. 9.

[2] Über den nachhaltigen Streit im gemeinen Recht, der über die vorerörterte Frage im Hinblick auf zwei sich widersprechende Ulpianstellen (l. 3 § 7 D. 34, 4 und l. 10 pr. D. 34, 5) entstanden war, vgl. Windscheid-Kipp § 640 Anm. 8 und die dort zit. Literatur.

[3] L. 1 § 8 D. 38, 6; l. 1 § 10 D. 37, 11; l. 30 C. de testam. 6, 23. Vgl. auch Mühlenbruch § 780 II; Puchta § 484; Vangerow II § 460 III 2; Windscheid-Kipp § 564 bei Anm. 8; Koeppen § 85 II 2 b (dort auch Näheres betr. den in neuerer Zeit zwischen Schirmer und Krüger entstandenen Streit über die Frage, ob diese Form des Widerrufs erst dem prätorischen oder schon dem zivilen Recht ihr Dasein zu verdanken habe).

oder der äußeren Zeichen ihrer Solennisierung wirksam widerrufen werden. Das sächs. GB. (§ 2219) bestimmte:

„Ein Widerruf eines schriftlichen letzten Willens ist anzunehmen, wenn der Erblasser oder mit dessen Einwilligung ein Dritter die Unterschrift ausgelöscht oder die Urkunde durchstrichen, durchschnitten, durchrissen, verbrannt, ausgelöscht, durch Überschreiben unleserlich gemacht hat.“ [1]

Auch das bayr. Landrecht (cod. Max. bav. civ. 7. III. cap. 3 § 27 2) und das österr. GB. (§ 721) haben ähnliche Bestimmungen aufzuweisen, während der code civil eine solche zwar nicht enthält, die französiche Rechtsprechung aber gleichwohl, den Bedürfnissen des täglichen Lebens entgegenkommend, es als rechtswirksamen Widerruf anerkannte, wenn der Erblasser die Testamentsurkunde in einen Zustand versetzte, aus dem auf seinen Aufhebungswillen zu schließen war.[2] Das preußische ALR. (I 12 § 596) schließlich kannte, abweichend von den vorbezeichneten Rechten, einen Widerruf durch physische Zerstörung nur bei Vermächtnissen „in außergerichtlichen Dispositionen“, forderte aber dazu lediglich die absichtliche Durchstreichung oder sonstige Zerstörung des Namens des Legatars oder der Angabe der vermachten Sache oder des vermachten Quantums.[3]

Wenn nun das BGB. ebenfalls die vom Erblasser in Aufhebungsabsicht vorgenommene Urkundenvernichtung oder -veränderung mit dem Widerrufseffekt versieht (§ 2255), so gilt das, gleichviel in welcher Form das

---

[1] In dieser Vorschrift hat man durch die gegebene Exemplifikation jede Art der Urkundenvernichtung zu treffen beabsichtigt. Daß jedoch andere als die angeführten Arten ebenfalls der genannten Bestimmung zu unterwerfen sein würden, darüber vgl. Siebenhaar zu § 2219.

[2] Zachariä-Crome § 735 Anm. 7; Meischeider S. 552, 553.

[3] Dernburg, Pr. Privr. § 172 bei Anm. 17; Koch zu §§ 563, 596.

Testament errichtet war. In der Praxis wird jedoch die fragliche Widerrufsform regelmäßig nur bei letztwilligen Verfügungen vorkommen, die nicht in besondere amtliche Verwahrung zu bringen sind, also bei Testamenten privatschriftlicher Natur, bei solchen der in den §§ 2250, 2251 normierten, außerordentlichen Formen und bei privilegierten Militärtestamenten.[1] Ein vor Richter, Notar oder Gemeindevorsteher errichtetes Testament dagegen (§§ 2231 Nr. 1, 2249) dürfte der Erblasser wohl ausschließlich in den höchst seltenen Fällen nach § 2255 widerrufen können, in denen mit der Rücknahme der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung nicht schon auf Grund des § 2256 ein Widerruf verbunden ist, nämlich dann, wenn die Urkunde infolge eines Versehens des Verwahrungsbeamten oder durch rechtswidrige, womöglich sogar strafbare Handlungsweise des Erblassers selbst[2] in dessen (des Erblassers) Hände gelangt ist (siehe unten S. 53, 54).

Vermittelst einer Entwertungshandlung[3] i. S. des § 2255 kann nicht nur das ganze Testament, sondern auch bloß eine einzelne seiner Verfügungen wirksam widerrufen werden. Das ergibt § 2253 Abs. 1, der als allgemeine Bestimmung für sämtliche Widerrufsformen die Gültigkeit eines teilweisen Widerrufs der fraglichen Art zur gesetzlichen Norm erhebt. Mantey[4] be-

---

[1] Hinsichtlich der letzteren siehe unten S. 44; ferner Planck zu §§ 2255 Anm. 2; Eichhorn S. 70 ff.; Mot. S. 300.

[2] Z. B. er entreißt das fertige Testament dem als Urkundsperson fungierenden Notar, er bricht heimlich den Verwahrungsraum auf und entnimmt ihm die dort hinterlegte letztwillige Verfügung etc.

[3] Darunter soll hier und im folgenden sowohl „Vernichtung" wie „Veränderung" verstanden werden.

[4] Im Recht Bd. X S. 555. Wie hier alle übrigen Schriftsteller und die Praxis: vgl. insbes. Planck zu § 2255 Anm. 3; Kretzschmar § 21 bei Anm. 10; Zimmer a. a. O.; Hölder in Jher. Jahrb. Bd. 41

behauptet das Gegenteil. In § 2253 sei als widerruflich außer den Testamenten auch die einzelne in einem Testament enthaltene Verfügung ausdrücklich aufgeführt, im § 2255 dagegen überhaupt nicht von der einzelnen Verfügung, sondern lediglich vom Testament und der Testamentsurkunde die Rede. Einen solchen Gegensatz zwischen den §§ 2253 und 2255 zu konstruieren, halte ich nicht für richtig, da der § 2255 die Normierung einer bestimmten Widerrufsform zum Gegenstand hat, während der § 2253 überhaupt nicht von der Form des Widerrufs, sondern, wie bereits hervorgehoben, von der dem Erblasser zustehenden Widerrufsbefugnis im allgemeinen handelt, da also die im § 2253 aufgestellten Rechtssätze dem Inhalt des § 2255 ergänzend bzw. erläuternd zur Seite treten. Weiter führt Mantey an: Der Unterschied im Wortlaut der §§ 2253, 2255 sei auch vom Gesetzgeber beabsichtigt; denn im Entwurf erster Lesung habe er sich nicht befunden — die einschlägigen §§ 1933, 1934 daselbst sprächen gleichmäßig nur von „letztwilliger Verfügung" —, sondern er sei erst mit dem Entwurf zweiter Lesung (Prot. V S. 351) in das Gesetz eingeführt worden, wolle demnach eine besondere Bedeutung für sich beanspruchen. Aber wo erwähnen die Protokolle auch nur mit einem Wort, daß die Änderung der §§ 1933, 1934 des ersten Entwurfs zum Zwecke der Einführung des besagten Unterschieds geschähe? Oder will man wirklich glauben, daß es in den Protokollen nicht zum Ausdruck gekommen zu sein braucht, wenn der Gesetzgeber mit dem in ihnen vor-

S. 322 a. E.; Crome § 655 Anm. 38; Endemann § 50 Z. 3a; Mayer-Reis § 45 Anm. 7; Sauer § 70; Neumann, Handausg. zu § 2255 Anm. 4; Ahammer S. 10; Mot. S. 301; JW. 1911 S. 590 Nr. 37 = Recht 1911 Nr. 3103; RG. 71 S. 293 = Bad. Rpr. 1910 S. 11 = JW. 1909 S. 449 = Recht 1909 Nr. 2664—66.

bereiteten Entwurf einen Unterschied von so einschneidender Bedeutung ins Leben rufen wollte?! Und dann: Die Motive (S. 301) haben in ihren Erläuterungen zu § 1934 mit ausdrücklichen Worten als selbstverständlich bezeichnet, daß die „Willensaufhebung sich auf einen Teil des in der Testamentsurkunde niedergelegten Willens beziehen könne". Die Protokolle (S. 353 XII) enthalten bei dem zu § 1934 vorliegenden Antrag die einzige Bemerkung: „Die Kommission erklärt sich mit dem § 1934 sachlich einverstanden und überwies den nur in der Fassung abweichenden Antrag der Red. Kommission". Daraus erhellt zur Genüge, daß die II. Kommission den § 1934 des ersten Entwurfs seinem sachlichen Inhalt nach in keiner Weise zu ändern beabsichtigte, also vor allem auch die den Motiven zufolge im § 1934 verkörperte Zulässigkeit eines Teilwiderrufs durch Entwertungshandlung aufrecht erhalten wollte.

Zu Unrecht beruft sich Mantey auf Cosack (§ 353 bei Note 4 und § 358 II 1c). Der Satz des ersten Zitats (§ 353 bei N. 4): „Rasuren, Durchstreichungen usw. machen das Testament nicht ungültig" bezieht sich nach seinem Zusammenhang mit dem übrigen Inhalt des betr. Abschnitts nur auf Rasuren, Durchstreichungen usw. bei Errichtung, nicht bei Aufhebung des Testaments, bringt außerdem keineswegs zum Ausdruck, daß die Entwertung einzelner Verfügungen eines Testaments nur die Wirksamkeit dieser Verfügung nicht beeinträchtigt. Und das zweite Zitat (§ 358 II 1c) besagt nichts, als daß die Aufhebung i. S. des § 2258 lediglich in den Formen der gewöhnlichen Testamentserrichtung, nicht dagegen durch irgend eine Manipulation mit der alten Testamentsurkunde, z. B. eine Korrektur ihres Textes, erfolgen kann.

Das objektive Erfordernis der vom Erblasser vorgenommenen Entwertungshandlung und das subjektive des mit dieser Handlung verbundenen Aufhebungswillens — das sind die Haupttatbestandsmerkmale des Widerrufs i. S. des § 2255.

Dem objektiven Erfordernis wird entsprochen durch völlige Zerstörung der Urkunde (z. B. Verbrennen, Zerreißen oder Zerschneiden in mehrere Stücke) oder durch eine an ihr vollzogene Veränderung, die im Verkehr als Ausdrucksmittel des Aufhebungswillens objektiv anerkannt wird. Als solche Veränderung kommt hauptsächlich in Betracht: Einreißen oder Einschneiden des Testaments von allen Seiten her (analog den bei den Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit üblichen „Kassierungs"schnitten zur Kenntlichmachung der Ungültigkeit von Urkunden),[1] sowie Durchstreichen, Ausradieren oder Unleserlichmachen des Urkundentextes.[2] Dabei ist aber stets streng zu beachten, daß die Veränderung nicht nach der bloßen Willensmeinung des Erblassers, sondern nach allgemeinen Verkehrsgewohnheiten die Absicht der Testamentsaufhebung zum Ausdruck bringen muß (§ 2255: ausgedrückt zu werden „pflegt"). Das gilt besonders für die Fälle, in denen der Erblasser Durchstreichungen vorgenommen oder die Schrift unleserlich gemacht hat. Wird also z. B. in einem Testament, das die Einsetzung eines Erben oder eine Vermächtnisanordnung zum Gegenstand hat, der Name des Erben oder Vermächtnisnehmers vom Testator durchstrichen, so dürfte darin unter Berücksichtigung eines allgemeinen Erfahrungssatzes nach der Verkehrs-

[1] RG. 69 S. 413 = Recht 1909 Nr. 89 = JW. 1909 S. 20 = Seuff. Arch. Bd. 64 S. 466 = Pos. M. Schr. 1908 S. 163, ferner JW. 1909 S. 363 No. 9.

[2] Seuff. Arch. Bd. 40 Nr. 240; RG. 71 S. 293; Mot. S. 301.

sitte regelmäßig der Ausdruck des Aufhebungswillens zu finden sein, was aber nicht ausschließt, daß der Erblasser selbst im konkreten Falle die Unwirksamkeit der Erbeneinsetzung oder des Vermächtnisses nicht beabsichtigt hatte. Dem objektiven Erfordernisse des § 2255 dürfte also mit einer solchen Durchstreichung[1] Genüge getan werden. Ganz anders dagegen z. B. in dem Falle, daß der Erblasser in seinem eigenhändigen Testament zwar Unterschrift und Ortsangabe unversehrt gelassen, wohl aber das Datum durchstrichen hat. Hier kann wohl von einem verkehrsüblichen Ausdruck des Aufhebungswillens nicht gesprochen werden,[2] mag auch der Erblasser im Einzelfalle mit der besagten Durchstreichung den Zweck verfolgt haben, das für die Formgültigkeit der letztwilligen Verfügung wesentliche Zeugnis über die Errichtungszeit zurückzunehmen und dadurch dem Testament im vollen Umfange die Wirksamkeit zu entziehen. Und das umsoweniger, wenn die Durchstreichung des Datums mit Bleistift ausgeführt, während der Testamentstext selbst in Tinte geschrieben ist oder gar außer dem Datum noch einzelne unwesentliche Bestimmungen des Testaments, diese aber mit Tinte durchstrichen sind. Denn nach der im Verkehr maßgeblichen Erfahrung pflegt selbst die Aufhebung gewöhnlicher mit Tinte geschriebener Willenserklärungen — also ganz abgesehen von letztwilligen Verfügungen — nicht in der Weise vor sich zu gehen, daß einzig und allein das Datum und noch dazu mit Bleistift durchstrichen wird.

---

[1] Vgl. dazu JW. 11 S. 283 No. 16.

[2] Das wird von der RG. E: JW. 11 S. 283 No. 16 = Recht 1910 No. 1009 = Sächs. Arch. f. Rpfl. 11 S. 102 = Seuff. Bl. f. RA. Bd. 76 S. 475 ff. = Seuff. Arch. Bd. 66 S. 263 ganz unbeachtet gelassen; im übrigen sind ihre bloß die subjektive Seite des Falles behandelnden Ausführungen nicht unzutreffend.

Eine solche Veränderung kann, wie das Reichsgericht in einem Urteil vom 3. Oktober 1912[1] richtig bemerkt, noch eher bedeuten, daß der Erblasser die Anordnungen zu einer neuen, mit einer anderen Zeitangabe zu versehenden Urkunde zusammenfassen, bis zu deren Errichtung aber die alte Urkunde fortbestehen lassen will. Wer eine weitergehende Absicht hat und die Ungültigkeit der in einer Urkunde niedergelegten Willenserklärung schon jetzt herbeiführen will, pflegt deutlichere Mittel zu wählen; er wird auf jeden Fall nicht bloß das Datum, sondern noch andere erhebliche Teile des Textes, namentlich den die Zweckbestimmung angebenden Eingang und die Unterschrift, auf irgend eine Weise entwerten.

Man darf aber nicht zu strenge Anforderungen an den Umfang der für die „Veränderung" in Betracht kommenden Verkehrsgepflogenheiten stellen.[2] Mit Recht sieht das OLG. Cöln[3] in der Einklammerung von Worten oder ganzen Sätzen einen verkehrsüblichen Ausdruck des Aufhebungswillens und damit eine Veränderung i. S. des § 2255. Die bloße Vernichtung des Urkundensiegels dürfte indessen, wenn sie auch ein von alter Sitte geschaffenes, feierliches Merkmal der Rechtsbeständigkeit des Testamentes zum Schwinden bringt, kaum je ein Zeichen der Aufhebungsabsicht sein.[4] Durch bloßes Wegwerfen (z. B. in den Papierkorb) wird die Urkunde weder „vernichtet" noch etwas „an ihr verändert", dadurch wird also der Tatbestand des § 2255

---

[1] Recht 1913 No. 69 = JW. 1913 S. 41 No. 30 = Gruchot Bd. 57 S. 700; Bayr. Ztschr. f. Rpfl. 1912 S. 483.

[2] Vgl. RG. 69 S. 413 ff.

[3] Recht 1904 S. 284 No. 1307.

[4] Vgl. RG. 69 S. 413 ff.; JW. 1909 S. 363 No. 9; KG. J. 29 A. 26; ferner Planck zu § 2255 Anm. 3; Crome § 655 Anm. 37; Leonhard zu § 2255 Anm. II B; Pelargus S. 181.

nach der objektiven Seite auch dann nicht erfüllt, wenn das Wegwerfen der Urkunde im Verkehr zum Ausdruck des Aufhebungswillens sehr gebräuchlich sein sollte.[1] Nicht zu verkennen ist jedoch, daß dieses Verfahren, insbesondere Zerknittern und Wegwerfen, ebenso wie die Zerstörung des Urkundensiegels einer formgültigen Entwertungshandlung (Zerreißen, Durchstreichen usw.) als wertvolle Unterstützung zur Herbeiführung des Widerrufs nach § 2255 dienen kann.[2]

Auf die Testamentsurkunde gesetzte Entwertungsvermerke[3] wie „Cessat", „Annulliert", „Verbrennen", „deleatur", „Veraltet" sind keine Entwertungshandlungen i. S. des § 2255. Anderer Meinung ist das Reichsgericht.[4] Es führt aus: In der Anbringung solcher Entwertungsvermerke sei eine Veränderung an der Urkunde zu erblicken, da sie nach der Auffassung des Verkehrs zum Ausdruck brächten, daß die Urkunde nicht mehr gelten oder als garnicht errichtet angesehen werden solle, die Entwertungsvermerke somit die körperliche Vernichtung der Urkunde gewissermaßen zu ersetzen bestimmt seien, und das besonders dann, wenn der Entwertungsvermerk dermaßen auf der Urkunde angebracht sei, daß er jedem, der auch nur einen flüchtigen Blick auf die Urkunde werfe, auffallen und ihm ohne weiteres den auf die Ungültigkeit der Urkunde gerichteten Willen des Erblassers zur Kenntnis bringen

---

[1] Dernburg § 40 Anm. 12; Cosack § 358 I 2; Eichhorn S. 100; Staudinger zu § 2255 Anm. III B; KRGR. zu § 2255 Anm. 3. A. A. Leonhard zu § 2255 Anm. II B.

[2] Dernburg (§ 40 Anm. 12) und Meyer (§ 49 Anm. 16) halten auch Wegwerfen in Verbindung mit Zerstören des Siegels für eine rechtswirksame Entwertungshandlung.

[3] Gierke § 112 S. 183 bei Anm. 142 nennt sie auch „Kassations"- oder „Entkräftigungs"-Vermerke.

[4] JW. 1911 S. 545 = Recht 1911 No. 2588 = Ztbl. FG. 1911 S. 14; Recht 1912 No. 3382.

müsse. Dabei scheint ein leiser Vorwurf gegen die Gegenansicht,[1 und 2] als beruhe sie auf doktrinärem Formalismus, mitzuklingen. Wo jedoch das Vorhandensein der Form nach dem Geiste des Gesetzes so wesentlich und von so einschneidender Wichtigkeit ist wie in Testamentssachen kann die — auch schon aus Gründen der Rechtssicherheit gebotene — strenge Beobachtung und Einhaltung der Form nicht als Formalismus bezeichnet werden. Die Form, die das BGB. unter „Veränderung einer Urkunde" i. S. des § 2255 versteht, wird aber eben durch die Anbringung von Entwertungsvermerken auf der Urkunde nicht erfüllt, sondern hierzu ist erforderlich, daß eine der Vernichtung gleichzuachtende Handlung am Text des Schriftstücks, und zwar im Wege der äußeren Einwirkung auf den beschriebenen Teil des Papiers oder die Schrift selbst vorgenommen wird. Mit besseren Worten, als sie das Kammergericht in einem Beschlusse vom 30. März 1908[2] gebraucht, läßt sich das nicht unterstützen; es heißt da (S. 81): „Der Wille der Aufhebung einer schriftlichen Willenserklärung erhellt nur dann aus einer an der Urkunde vorgenommenen Veränderung, wenn durch die Veränderung der Charakter des die Willenserklärung enthaltenden Schriftstücks als einer Urkunde aufgehoben wird, wenn also der Text seine Bedeutung als schriftlicher Ausdruck des Willens des Ausstellers verliert. Von einer Veränderung an der Urkunde kann aber nur gesprochen werden, wenn der Text der Urkunde von der Veränderung betroffen wird. Denn zur Urkunde wird

[1] Hans. Ger. Z. 1910 Beibl. S. 200 = Recht 1910 No. 1992. Der fragliche Rechtsstreit ist nach seiner Zurückverweisung durch das RG. vom OLG. Hamburg in Hans. Ger. Z. 1912 Beibl. S. 152 endgültig entschieden.

[2] KG. J. 36 A. 77 = Seuff. Bl. f. RA. 73 S. 906.

das zur Niederschrift einer Willenserklärung benutzte Blatt Papier nur durch die darauf gesetzte Schrift. Durch eine Beschädigung oder Veränderung an dem nicht von der Schrift bedeckten Teile des Papieres wird regelmäßig der Charakter des Schriftstücks als einer Urkunde nicht beseitigt."

Und was folgt daraus für den Fall, daß Worte wie „annulliert", „veraltet", „ungültig" usw. nicht auf den Rand, die Rück- oder Außenseite sondern quer über den ganzen Text des Testamentes geschrieben sind, ein Verfahren zur Kassierung von Urkunden, das bekanntlich oft im täglichen Leben angewandt wird? Hier dürfte allerdings eine verkehrsübliche Veränderung der Testamentsurkunde angenommen werden müssen, wobei nicht der Sinn der betreffenden Worte, sondern allein die Tatsache entscheidend ist, daß die Schriftzüge dieser Worte auf den Text der Urkunde äußerlich in einer Weise einwirken, die einer einfachen Durchstreichung sachlich mindestens gleichkommt.

Die Frage, ob ein Entwertungsvermerk Entwertungshandlung nach § 2255 ist oder nicht, wird sich meist vollständig erübrigen, wenn der Erblasser den jeweiligen Vermerk gemäß § 2231 Z. 2 unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig unterschrieben, also mit Testamentsform ausgestattet hat.[1] Dann liegt nämlich bereits ein Widerruf in der Form des § 2254 vor; der Entwertungsvermerk ist seinem rechtlichen Inhalt nach nicht anders zu beurteilen, als wenn der Erblasser geschrieben hätte: „Dieses Testament widerrufe ich".

Im Anschluß hieran mag erwähnt werden, daß dem Testamentstext nachträglich hinzugesetzte Randvermerke anderer Art (also keine Entwertungsvermerke!) über-

[1] Siehe oben § 4 (S. 19).

haupt nur dann aufhebende Wirkung äußern können, wenn sie vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unter Orts- und Tagesangabe unterschrieben (§ 2231 Ziff. 2), mithin als Widerrufstestament ausdrücklichen oder stillschweigenden Inhalts (§ 2254) zu betrachten sind.[1] Hat der Erblasser z. B. in seinem Testament ein Vermächtnis „für Bürgerstöchter" ausgesetzt, daneben aber später an den Rand geschrieben „keine Kaufmannstöchter", so ist ein Widerruf des besagten Vermächtnisses, soweit es zu Gunsten der von Kaufleuten abstammenden Bürgertöchter besteht, nur dann erfolgt, wenn bei der Hinzufügung der Worte „keine Kaufmannstöchter" die Formen des § 2231 Ziff. 2 gewahrt sind; anderenfalls bleiben diese Worte ohne jede Wirkung.[2]

An der Urschrift des Testaments muß die Entwertungshandlung vorgenommen werden, um eine wirksame Grundlage für den Widerruf aus § 2255 abgeben zu können; die Vernichtung oder Veränderung eines bloßen Entwurfs oder einer Abschrift der letztwilligen Verfügung ist rechtlich ohne Belang. Das wird allgemein anerkannt. Sind mehrere Exemplare der Urschrift vorhanden, so fragt es sich, ob die Entwertung eines dieser Exemplare zur Herbeiführung des Widerrufs genügt oder ob sie dazu alle ohne Ausnahme der entsprechenden Vernichtung oder Veränderung unterzogen werden müssen. Die gemeinrechtliche Literatur und Praxis[3] sprach sich, gestützt auf die l. 4. Dig. de his,

[1] Eine Aufhebung nach § 2258 dürfte in solchen Fällen nicht in Betracht kommen (siehe unten § 9).

[2] Vgl. RG. in JW. 1911 S. 590 No. 37 = Recht 1911 No. 2590 und RG. 71 S. 293.

[3] Vangerow § 460 III 2; Koeppen § 85 II 2b; Windscheid-Kipp § 564 Anm. 8; RG. Bd. 14 S. 183; Seuff. Arch. Bd. 9 No. 185 und Bd. 38 No. 202.

quae in testamento delentur 28 4, übereinstimmend dahin aus, daß der Erblasser bloß auf ein Exemplar einzuwirken brauche, falls nur dabei seine Aufhebungsabsicht erkennbar zutage trete („ut intestatus moreretur"). Dem folgt die Mehrzahl der heutigen Schriftsteller,[1] wobei sie aber zum Teil verlangen,[2] daß der Erblasser die übrigen Exemplare nicht zur Hand oder wenigstens nicht in seinem Besitz haben dürfe. Brock (S. 103)[3] meint dagegen, sämtliche Exemplare müssten stets vernichtet oder verändert werden, damit das Testament nach § 2255 aufgehoben sein solle. Für diese (Brocks) Ansicht scheint zu sprechen, daß der letzte Wille des Erblassers in sämtlichen Exemplaren der Testamentsurschrift verkörpert ist, daß diese verschiedenen Urschriften in ihrer Wirkung voneinander unabhängig sind, also, um ihre Wirkung im Wege des Widerrufs nach § 2255 auszuschalten, sämtlich der Entwertungshandlung unterzogen werden müßten. Indessen dürfte es zulässig sein, mit der herrschenden Meinung dem in manchen Fällen vorhandenen praktischen Bedürfnis dadurch entgegenzukommen, daß man die Entwertung nur eines Exemplars unter folgenden Voraussetzungen für genügend erachtet: Aus der Entwertungshandlung selbst oder ihren Begleitumständen muß zunächst unverkennbar erhellen, daß der Erblasser mit ihr die teilweise oder völlige Aufhebung des Testaments beabsichtigte, daß er

[1] Planck (Anm. 3), Staudinger (Anm. III B), Leonhard (Anm. II D), KRGR. (Anm. 3), Frommhold (Anm. 4), sämtlich zu § 2255; Kretzschmar § 21 bei Anm. 12; Müller-Meikel S. 459; Dernburg § 40 Anm. 12; Kuhlenbeck § 20 II 3; Meyer § 49 bei Anm. 19; Borcherdt § 146 bei Anm. 8; Crome § 755 Anm. 37; Zachariae-Crome § 735 Anm. 9; Scherer No. 409; offenbar auch Wilke zu § 2255 Anm. 3.

[2] Insbesondere Borcherdt, Zachariae, Scherer a. a. O. Vgl. aber auch Planck, Dernburg und Staudinger a. a. O.

[3] Vgl. § 721 S. 2 des österr. BGB.

also z. B. nicht nur die Zahl der Urschriften vermindern wollte, und ferner, daß er die Vernichtung oder Veränderung der übrigen Exemplare nur aus ganz besonderen, die Betätigung seines Aufhebungswillens hindernden Umständen, z. B. weil ihm die übrigen Exemplare nicht zur Hand oder erreichbar waren,[1] unterließ. Mit der Forderung und Wahrung dieser Voraussetzungen ist jeder Mißstand beseitigt, den Brock daraus erwachsen sieht, daß der Erblasser aus irgend einem geringfügigem Grunde eines der Exemplare vernichten könne, z. B. weil es ihm der Schrift oder eines Tintenklexes wegen nicht gefalle, und daß man sich dann zur Begründung der im § 2255 Abs. 2 aufgestellten Vermutung mit dem bloßen Nachweis begnüge, der Erblasser habe das eine Exemplar vernichtet.

Entwertung durch den Erblasser selbst — das wird schließlich auch noch zur Erfüllung des im § 2255 festgelegten Tatbestandes nach der objektiven Seite hin erfordert. Das Gesetz bringt diese Forderung mit den Worten zum Ausdruck: „Der Erblasser . . . vernichtet"; sie findet außerdem eine Rechtsstütze in § 2064, da ja, wie bereits oben (§ 2 S. 6 f.) hervorgehoben, dem Widerrufsgeschäft die Bedeutung einer letztwilligen Verfügung beizumessen ist. Die Literatur steht denn auch im Anschluß an die Motive (S. 301) einmütig auf dem Standpunkt, daß beim Widerruf durch Urkundenentwertung eine Stellvertretung im Willen ausgeschlossen ist. Ebenso

[1] Man denke an den Fall, daß der Erblasser von 2 Urschriften eines eigenhändigen Testaments die eine gemäß § 2248 in amtliche Verwahrung gegeben hat, während er die andere auf größeren Reisen, die er unternimmt, immer mit sich führt, daß er nun plötzlich während einer solchen Reise totkrank wird, vor seinem nahen Tode aber das Testament noch widerrufen und, da er nicht mehr schreiben oder aus anderen Gründen ein Widerrufstestament (§ 2254) nicht errichten kann, den Widerruf nach § 2255 vornehmen will.

einmütig billigt sie aber auch dem Erblasser das Recht zu, sich eines Dritten zur Ausführung der Entwertungshandlung, somit als Werkzeug zur Erklärung seines Willens zu bedienen.[1] Macht der Erblasser von diesem Recht Gebrauch, so kann von einem nach § 2255 wirksamen Widerruf erst dann die Rede sein, wenn der Dritte dem an ihn gerichteten Wunsch oder Befehl[2] des Erblassers noch bei dessen Lebzeiten wirklich nachgekommen ist, also die Testamentsurkunde vernichtet oder verändert hat.[3] Daß die Tätigkeit des Dritten dann wirkungslos bleiben muß, wenn sie erst nach dem Tode des Erblassers erfolgt, dürfte deshalb keinem Zweifel unterliegen, weil der Erblasser spätestens im Zeitpunkt seines Todes jegliche Art der Nachlaßregelung, mag er sich auch dazu der Hand eines Dritten bedienen, zum Abschluß gebracht haben muß. Für manche Fälle wird in diesem Ergebnis allerdings eine begreifliche Härte liegen; man stelle sich nur vor, daß der herbeigerufene Dritte trotz aller Mühe nicht in der Lage ist, rechtzeitig vor dem Ableben des Erblassers in dessen Wohnung zu erscheinen und an dem dort befindlichen Testament die Entwertungshandlung vorzunehmen. Auch wird ein

[1] Die Aufnahme einer dies zum Ausdruck bringenden Vorschrift hat der Gesetzgeber den Motiven (S. 301) zufolge deshalb unterlassen, weil sie nicht nur besonders schwierig gewesen wäre, sondern auch leicht dem Mißverständnis Vorschub geleistet hätte, es sei in diesem Falle Vertretung im wahren Sinne, d. h. im Willen, zugelassen.

[2] der z. B. auch darin bestehen kann, daß der Erblasser einer ihm nahestehenden Person aufträgt, seine Papiere zu ordnen und der Beauftragte dabei ein mit der Aufschrift „Verbrennen" versehenes Paket voll Testamente findet.

[3] So auch Hans. Ger. Z. 1912 Beibl. S. 169 = Rspr. Bd. 16 S. 364; KG. J. 36, A. 82; Recht 1913 No. 2590 = Hans. Ger. Z. 1913 Beibl. S. 133; Recht 1909 No. 2443 = Ztbl. FG. 10. Jahrg. S. 261; vgl. auch Schlesw.-Holst.-Anz. 1913 S. 264 (RG. v. 4. I. 1913).

schriftlich ausgesprochener Wunsch oder Befehl äußerst selten so gefaßt sein, daß er einen selbständigen, auf die Gegenwart gerichteten Ausdruck des Aufhebungswillens darstellt und sich — zur Milderung der vorbesagten Härte — der Form und dem Inhalt nach als Widerrufstestament (§ 2254) aufrecht erhalten läßt.

Wenn ein Dritter zwar ohne Wissen oder Willen des Erblassers dessen letztwillige Verfügung einer Entwertungshandlung unterzogen, der Testator aber nachträglich seine ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung zu dieser Handlung erteilt hat, so ist nach Cosack (§ 358 I 2a) und Zachariae (§ 735 Anm. 7a)[1] eine solche Sachlage geradeso zu beurteilen, wie wenn der Dritte auf Geheiß des Erblassers die Testamentsurkunde vernichtet oder verändert hat. Die von allen übrigen Schriftstellern[2] vertretene Gegenansicht halte ich für richtig. Allerdings befriedigt es wenig, wenn dem in der Genehmigung zur Entwertungshandlung verkörperten letzten Willen des Erblassers nicht entsprochen und der von dritter Seite unbefugt vorgenommenen, aber vom Testator nachträglich gebilligten Entwertungshandlung die Aufhebungswirkung versagt wird. Darin mag wohl auch der Grund dafür zu finden sein, daß das Reichsgericht sich in einer Entscheidung vom 14. Juni 1892[3] nicht ohne weiteres zur Verneinung der in Rede stehenden Frage entschlossen, sondern zwar zunächst einen tatsächlichen Unterschied zwischen dem Fall der Ent-

[1] Beide gehen von einer Gleichstellung des Auftrags und der bloß nachträglichen Zustimmung aus.

[2] Vgl. insbes. Planck (Anm. 3a), KRGR. (Anm. 1), Leonhard (Anm. III), Neumann, Handausg. (Anm. 2c), Türke (Anm. 2), Wilke (Anm. 3), sämtlich zu § 2255; Endemann § 50 Anm. 15; Dernburg 40 V; Meyer § 49 bei Anm. 18; Kretzschmar § 21 Anm. 13; Müller-Meikel S. 460; Brock S. 102; Strohal § 42 Anm. 9.

[3] RG. 29 S. 328 (franz. Recht).

wertungshandlung auf Geheiß und dem der bloßen Genehmigung festgestellt, es dann aber dahingestellt gelassen hat, ob die nachträgliche Zustimmung zur Urkundenentwertung Anspruch auf die Wirkung eines gültigen Widerrufs machen könne oder nicht. Dabei verkennt das Reichsgericht vollständig, daß der „tatsächliche" Unterschied, den es zwischen den beiden genannten Fällen feststellt, in Wirklichkeit eine jener schwerwiegenden rechtlichen Verschiedenheiten ist, denen gegenüber alle praktischen Bedenken weichen müssen und die es deshalb nicht zulassen, daß der Entwertungshandlung unter Genehmigung ebenso gut Widerrufskraft verliehen wird, wie der mit Wissen und Willen des Erblassers von einem Dritten vollzogenen Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde. Den erwähnten Unterschied sieht nämlich der oberste Gerichtshof darin, daß bei nachträglicher Zustimmung des Erblassers zur Entwertungshandlung eines Unbefugten der Widerrufswille nicht aus der Vernichtung oder Veränderung der Urkunde, sondern „aus einem späteren Handeln des Erblassers, bestehe das in Worten oder konkludenten Handlungen, erkannt werde". M. a. W.: schlüssig für den Aufhebungswillen des Erblassers ist im letzten Falle nicht die Entwertungshandlung (da sie ja — anders als im Falle ihrer Ausführung auf Geheiß — ohne sein Wissen erfolgte!), sondern einzig und allein die später liegende Genehmigungserklärung. Eine solche Erklärung ist jedoch unzureichend. Das Gesetz verlangt als Ersatz für die formelle Kundgabe des Aufhebungswillens im Widerrufstestament (§ 2255) eine schlüssige Entwertungshandlung des Erblassers; es begnügt sich nicht damit, daß sein (des Erblassers) Aufhebungswille aus einer späteren Willenserklärung abgeleitet wird.

Die herrschende Meinung hat außerdem auch noch folgendes durch keine praktischen Erwägungen zu über

bietende Argument auf ihrer Seite: Wenn ein Dritter ohne Wissen und Willen des Erblassers dessen letztwillige Verfügung ganz oder teilweise entwertet, so löst er damit keinerlei Rechtsfolgen aus, das Testament wird dadurch wie nach früherem[1] so auch nach heutigem[2] Recht in seinem rechtlichen Bestand ebensowenig berührt, wie wenn es durch Zufall (z. B. bei einer Feuersbrunst) zerstört oder verändert worden wäre. Es handelt sich bei der vom Dritten auf eigene Faust getroffenen Entwertung um eine bloß tatsächliche, nicht um eine rechtsgeschäftliche Verfügung.[3] Deshalb unterliegt sie nicht der Vorschrift des § 185 BGB., d. h. ihre Genehmigung durch den Erblasser muß wirkungslos und das Testament nach wie vor in allen Teilen gültig bleiben. Auch will es mir nicht angängig erscheinen, den § 185 etwa analog anzuwenden,[4] da die Testamentsentwertung durch einen Dritten sich eher als reiner Realakt denn als geschäftsähnliche Handlung auffassen läßt, die Realakte aber in der Regel nicht nach Analogie der Willenserklärungen zu behandeln sind.[5]

Eine schriftlich niedergelegte Genehmigungserklärung wird sich im Gegensatz zu dem schriftlichen Auftrag einer bei Lebzeiten des Erblassers nicht zur Ausführung gekommenen Entwertungshandlung (siehe weiter oben) häufig als Widerrufstestament (§ 2254) aufrecht erhalten lassen,[6] da sie ihrem sachlichen Inhalt nach eher als

---

[1] Vgl. l. 1 § 3 10 11 Dig. 37 11; Windscheid-Kipp § 564 Anm. 8; Vangerow § 460 III 2; ALR. I 12 § 602.

[2] Vgl. Lafrenz im Recht 1902 S. 553; Dernburg § 40 V; Staudinger zu § 2255 Anm. III B a. E.

[3] Vgl. Planck zu § 2255 Anm. 3a; Strohal § 42 Anm. 9.

[4] A. A. Wolff, Bau auf fremdem Boden, S. 111, wo bei einer ganz parallelen Frage der gegenteilige Standpunkt begründet wird.

[5] Siehe darüber Näheres bei Enneccerus § 194, insbes. Z. II daselbst.

[6] Vgl. Strohal a. a. O.; Crome § 655 Anm. 39.

selbständige Trägerin einer Widerrufserklärung erscheinen dürfte.

„In der Absicht, es aufzuheben", muß der Erblasser das Testament den Worten des Gesetzes (§ 2255) zufolge zur Herbeiführung der Widerrufswirkung vernichten oder verändern, während der Entwurf I im § 1934 das Erfordernis aufstellte, daß der Erblasser „vorsätzlich und mit dem Willen, die Verfügung aufzuheben", handeln müsse. Einen sachlichen Unterschied bedeutet das nicht, da sich die Begriffe „Absicht" einerseits, „Vorsatz und Willen" andererseits decken. Die Protokolle der zweiten Kommission, die der Entwurf I in der bezeichneten Weise änderte, heben dann auch, wie bereits oben in anderem Zusammenhang dargelegt, ausdrücklich hervor, daß der sachliche Inhalt des § 1934 durchaus zu billigen sei und die an ihm vorgenommenen Änderungen sich nur als solche in der Fassung darstellten.

Letztwillige Verfügungen, die der Erblasser ganz vernichtet hat und die doch gültig bleiben, weil der Erblasser sie nicht aufheben wollte, sondern nur versehentlich zerstörte, sind selten, kommen aber vor.[1] Häufiger dürfte die Vornahme bloßer Veränderungen, durch die nach allgemeinen Gepflogenheiten der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, seinen Ausdruck findet, des Aufhebungszwecks ermangeln und deshalb den rechtlichen Bestand des Testaments in keiner Weise beeinträchtigen. So werden z. B. Fälle,[2] in denen der

[1] Vgl. RG. in JW. 1912 S. 798 No. 16 = Seuff. Bl. f. RA. Bd. 78 S. 15 ff. = Recht 1912 No. 1910 = Gruch. Bd. 56 S. 1013.

[2] Vgl. die in mancherlei Hinsicht einschlägig recht interessanten und m. E. nach zutreffenden Entsch. d. OLG. Karlsruhe v. 11. Nov. 1908 (Berufungsinstanz) in Bad. Rpr. 1909 S. 193 und des Reichsgerichts vom 24. Juni 1909 (Revisionsinstanz) teils in Bad. Rpr. 1909 S. 256 ff. und teils in Bad. Rpr. 1910 S. 11 = RG. 71 S. 293 (siehe oben S. 23 Anm. 4). Es handelt sich dort im wesentlichen um ein in

Erblasser Worte oder ganze Sätze seiner letztwilligen Verfügung nur in der Absicht durchstreicht, die Fassung der Testamentsbestimmungen zu vereinfachen oder ihnen sprachlichen Wohllaut zu verleihen, nicht vereinzelt im täglichen Leben vorkommen. Und selbst dann, wenn der Erblasser in Aufhebungsabsicht sein Testament einer Veränderung i. S. des § 2255 unterzogen hat, wird oft, was Sache genauer Prüfung ist, der subjektive Umfang der Veränderung weit hinter dem objektiven zurückstehen, d. h. vom Standpunkt der allgemeinen Verkehrsanschauung aus müßte der fraglichen Entwertungshandlung eine viel umfassendere Widerrufswirkung zugestanden werden, als der Erblasser mit ihrer Vornahme zu erzielen beabsichtigt hat. So kann der Erblasser z. B. sein Testament, das die Einsetzung eines Erben und eine Vermächtnisanordnung enthält, in einer Weise mit Durchstreichungen versehen haben, die verkehrsüblich dazu verwandt werden würde, sowohl Erbeinsetzung wie Vermächtnisanordnung zur Aufhebung zu bringen, während der Erblasser selbst damit lediglich die Unwirksamkeit der Vermächtnisanordnung bezweckt hat.

---

französischer Sprache abgefaßtes Testament, das u. a. eine Vermächtnisanordnung der Erblasserin über ihre „toilettes, chapeaux, linge" enthält. Diese Worte hat aber die Erblasserin später durchstrichen und darüber geschrieben: „ma garderobe". Dazu führt das Reichsgericht aus, die Worte „ma garderobe" seien wegen Formmangels (§ 2231 Ziff. 2) unwirksam und das fragliche Vermächtnis nach Maßgabe der ursprünglichen Fassung in Geltung geblieben. Denn „die Veränderung des Textes an der bezeichneten Stelle lasse sich nur so verstehen, daß die Erblasserin ihre Verordnung hinsichtlich der toilettes, chapeaux und der linge nicht aufheben, sondern durch eine gleichbedeutende ersetzen wollte, und daß der durch Überschreibung des Durchstrichenen eingefügte Ausdruck „ma garderobe" nur eine Fassungsänderung bedeuten sollte, also zu erkennen gäbe, was die Erblasserin von vornherein mit den formell in Kraft gebliebenen, wenn auch durchstrichenen Worten gemeint habe."

Der subjektive Tatbestand des § 2255 erfährt nach den Worten („in" der Absicht) und dem Sinne des Gesetzes (Schlüssigkeit!) nur dann eine wirkungbringende Erfüllung, wenn Aufhebungsabsicht und Entwertungshandlung zeitlich zusammentreffen. Ob indes dieser Hinweis von mehr als theoretischer Bedeutung ist, erscheint mir sehr fraglich. Möglich ist es ja schließlich aber immerhin, daß der Erblasser sein Testament zunächst unbeabsichtigt entwertet, z. B. beim Aufbrechen der umschließenden Hülle versehentlich zerreißt, oder daß wenigstens der Umfang der Entwertung über das beabsichtigte Maß hinausgeht, z. B. von den vorgenommenen Durchstreichungen irrtümlicherweise auch Bestimmungen getroffen werden, deren Gültigkeit der Erblasser nicht hat antasten wollen, und daß dann der Erblasser erst während oder nach der Entwertungshandlung den Plan faßt, dem unbeabsichtigt entwerteten Testament bzw. auch den Bestimmungen die Wirksamkeit zu nehmen, zu deren Entwertung er ohne Aufhebungsabsicht geschritten ist.

§ 6.

b) Widerruf durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung.

Einen Widerruf durch schlüssige Handlung sieht auch die im § 2256 BGB. statuierte Norm vor, obwohl sie ihrer rechtlichen Natur nach wesentlich von der Vorschrift des § 2255 BGB. abweicht. Sie knüpft an eine Handlung des Erblassers, nämlich an die Zurücknahme eines Testaments öffentlicher Form aus der amtlichen Verwahrung, die Widerrufswirkung, ohne, wie der § 2255 für die Urkundenentwertung, zu verlangen, daß die bezeichnete Handlung vom Erblasser in der Absicht vor-

genommen wird, das Testament aufzuheben.[1] Der Beweis, daß das Testament trotz der Rücknahme nicht widerrufen sei, steht nicht offen.[2] Demgemäß bedarf es, wenn der Erblasser ein Testament der im § 2256 Abs. 1 genannten Errichtungsart aus der amtlichen Verwahrung zurücknimmt, bei der Frage der Widerrufswirkung nie einer Prüfung, welche Gründe für den Erblasser bestimmend zur Zurücknahme des Testaments waren. Er mag damit die Aufhebung des Testaments bezweckt haben oder nicht, er mag es getan haben, ohne überhaupt die gesetzliche Folge der Rücknahme zu kennen, — stets „gilt" das Testament als widerrufen. Selbst dann tritt die Widerrufswirkung ein, wenn der Wille des Erblassers dahin ging, das Testament trotz der Rücknahme bestehen bleiben zu lassen, oder wenn der Erblasser diesen Willen gar im Testament selbst oder bei der Rücknahme ausdrücklich erklärt hat. Mit einer solchen Erklärung kann der Erblasser gegen die im § 2256 enthaltene gesetzliche Fiktion des Widerrufs, die zwingenden Rechts ist, nicht ankämpfen.[3] Jedoch gibt ein vom Erblasser beim Rückgabeverlangen erklärter Vorbehalt, das Testament solle auch nach Herausgabe aus der amtlichen Verwahrung fortbestehen bleiben, dem Verwahrungsbeamten kein Recht, die Rückgabe abzulehnen; die entgegengesetzte Ansicht des Komm. der Reichs-

[1] Planck zu § 2256 Anm. 1; Strohal § 42 Z. 3; Cosack § 358 I 3; Leonhard zu § 2256 Anm. II B; Ude S. 418; Goslich S. 97; Ahammer S. 26.

[2] Vgl. Frommhold zu § 2256 Anm. 1; Kuhlenbeck (§ 20 II 4) meint, im § 2256 sei eine unwiderlegliche Rechtsvermutung (praesumtio iuris et de iure) enthalten. Ganz zutreffend dürfte das aber in Anbetracht des Ausdrucks „gilt" nicht sein; es liegt mehr als eine bloße Vermutung vor. Vgl. Crome § 655 Anm. 44.

[3] Jung in Zeitschr. f. d. Notariat in Bayern 1908 S. 165; Mot. S. 303.

gerichtsräte (zu § 2256 Anm. 1) findet im Gesetz keinen Anhalt. Wohl aber wird der Verwahrungsbeamte den Erblasser selbstverständlich auf die Unwirksamkeit eines solchen Vorbehalts aufmerksam zu machen haben.

Seine historische Grundlage findet der im § 2256 verkörperte Rechtsgedanke nicht im gemeinen Recht, dem ein Widerruf durch Zurücknahme des gerichtlich errichteten Testaments aus dem gerichtlichen Gewahrsam fremd war,[1] sondern in den §§ 565—567 des Preuß. ALR. Tl. I Tit. 12, dem § 2 No. 16 des Bayr. Landr. III. cap. 4 und dem § 2215 des Sächs. Gesetzbuches, die bereits sämtlich der vom Erblasser verlangten Herausgabe eines gerichtlich niedergelegten Testaments aus der amtlichen Verwahrung Widerrufswirkung verliehen.

Das BGB. hat indes nicht alle Testamente, die sich in amtlicher Verwahrung befinden, für den Fall ihrer Aushändigung an den Erblasser der Widerrufswirkung unterworfen. Es hat diese Wirkung nach der positiven Vorschrift des § 2256 selbst beschränkt auf das gewöhnliche Testament öffentlicher Form (§ 2231 Z. 1) und die in der außerordentlichen Form des § 2249 errichteten letztwilligen Verfügungen, zu denen jedes Testament zu zählen ist, bei dessen Errichtung anstelle des Richters oder Notars eine andere gesetzlich zugelassene Urkundsperson (Gemeindevorsteher etc.) mitwirkt (§§ 2249, 2250 Abs. 1; Art. 150 EG. BGB.). Dazu gehören auch das ordentliche Militär- und Marinetestament, sowie das konsularische und das Schutzgebietstestament.[2]

[1] Windscheid-Kipp § 564 Anm. 8 a. E.; Koeppen § 85 Ziff. II 2; Meischeider S. 551; Mot. V S. 302; mit Einschränkung auch Dernburg § 40 VI.

[2] Reichsges. v. 28. Mai 1901 betr. die freiwillige Gerichtsbarkeit in Heer und Marine; § 184 FGG.; § 7 No. 2 des Reichsges. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7. Apr. 1900; § 2 des Schutzgebietsges.

Alle Testamente anderer Errichtungsart, wie Privattestamente (§ 2231 Nr. 2), Zeugentestamente (§ 2250 Abs. 2), Seetestamente (§ 2251), privilegierte Militär- und Marinetestamente,[1] büßen also nach der vom Gesetz gemachten Beschränkung dadurch an ihrer Wirksamkeit nichts ein, daß sie dem Erblasser aus der amtlichen Verwahrung, in der sie sich befinden, zurückgegeben werden (§ 2256 Abs. 3); will der Erblasser sie widerrufen wissen, so muß er zu den Widerrufsformen der §§ 2253, 2254 greifen. Der innere Grund, der den Gesetzgeber zu der vorgeschilderten Unterscheidung veranlaßt hat, ist darin zu erblicken, daß für Testamente der im § 2256 Abs. 1 bezeichneten Art die Übergabe in amtliche Verwahrung gesetzlich vorgeschrieben (§ 2246), während bei den Testamenten der zweitgenannten Gruppe die Einbringung zur amtlichen Verwahrung dem freien Willen des Erblassers anheimgegeben ist (§ 2248), im ersten Falle also die Testamente durch Rückgabe aus dem amtlichen Gewahrsam eines — wenn auch nicht wesentlichen — Formbestandteils beraubt werden, im zweiten Fall dagegen nicht.

Befinden sich mehrere gleichlautende Testamente öffentlicher Form in amtlicher Verwahrung, so gilt ihr Inhalt, wie das in ALR. (I 12 § 568) positiv bestimmt war, erst dann als widerrufen, wenn dem Erblasser sämtliche Exemplare zurückgegeben sind.

Wie ist nun zu entscheiden, wenn der Erblasser eine allen Erfordernissen eines eigenhändigen Testaments gerecht werdende Urkunde, die er auch als ein fertiges eigenhändiges Testament gewollt hat und

---

in der Fassung der Bekanntmachung v. 10. Sept. 1900. Näheres bei Eichhorn S. 101 und den dort zit. Stellen.

[1] § 47 des Reichsmilitärges. v. 2. Mai 1874; Art. 44 EG. BGB. Vgl. Eichhorn S. 70 ff.

ansah,[1] nicht nach § 2248 BGB. hinterlegt, sondern sie der größeren Sicherheit wegen oder mit Rücksicht auf die Ortsüblichkeit und dergleichen in der Form des § 2238 Abs. 1 dem Richter oder Notar übergibt[2] und dann später aus der amtlichen Verwahrung, in die sie gebracht worden ist, zurücknimmt? Hat die Rücknahme hier zur Folge, daß das Testament als widerrufen zu betrachten ist, oder nur, daß es den Charakter eines öffentlichen Testaments einbüßt und als eigenhändiges bestehen bleibt? Die Praxis hat sich mit dieser Frage, soweit ich sehe, noch nicht beschäftigt, und zwar wohl hauptsächlich deshalb nicht, weil bei einer im Nachlaß vorgefundenen Schrift des Erblassers, die den Anforderungen eines eigenhändigen Testaments entspricht, selten in die Erscheinung treten dürfte, daß sie ehedem dem Richter oder Notar nach § 2238 übergeben, dann in amtliche Verwahrung gebracht war und später daraus zurückgenommen worden, und weil ihr bis zum Beweis des Gegenteils stets Eigenschaft und Wirkung eines Privattestaments beizumessen ist.[3]

In der Literatur hat sich über die oben bezeichnete Frage ein lebhafter Streit entsponnen. Für ein Fortbestehen als eigenhändiges Testament entscheiden sich Strohal (§ 42 III 3), Crome (§ 649 Anm. 75), Hellmann (S. 223) und Peiser (§ 8 Anm. 3), während die Mehrzahl

[1] Also nicht eine Niederschrift, die bloß zur Vorbereitung der Testamentserrichtung dient, selbst aber mangels ernstlichen Dispositionswillens des Erblassers noch kein Testament darstellt. Hierüber vgl. Crome § 649 Anm. 73; Ahammer S. 22.

[2] Küntzel (S. 603) meint, eine solche Übergabe könne nur „mißbräuchlich" geschehen, da ihre Beurkundung in der Form des § 2238 vom Richter oder Notar eigentlich abgelehnt werden müsse. Das dürfte nicht zutreffend sein; irgend ein Grund für die Ablehnung der Beurkundung ist nicht vorhanden.

[3] Vgl. Kretzschmar § 21 II 3b.

der Schriftsteller[1] den Standpunkt vertritt, das Testament sei als widerrufen zu betrachten. Das ist auch meiner Ansicht nach das richtige.

Zunächst kann ich es nicht billigen,[2] wenn Strohal den von ihm eingenommenen Standpunkt als den „sachlich allein angemessenen" bezeichnet. Sollte es denn überhaupt dem Bereich der nach der Lebenserfahrung vorkommenden Willenserscheinungen angehören, daß ein Erblasser sein Testament, das er als eigenhändiges errichtet hat, als solches auch in voller Wirksamkeit fortbestehen lassen will, obwohl er es durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung unter allen Umständen der schützenden Garantien, mit denen es nachträglich durch Überreichung in Form des § 2238 umgeben war, entkleidet und somit zum mindesten erheblich in seiner Beweiskraft geschwächt hat? Und selbst wenn man mit einem solchen Willen zu rechnen gedächte — welche Fülle von Rechtsunsicherheit würde daraus erwachsen!

Man würde dann wohl, soweit nicht ein ausdrücklich erklärter Wille vorhanden und festzustellen wäre, stets nicht allein der schwierigen, aber rechtlich unbeachtlichen Frage gegenüberstehen: Hat der Erblasser überhaupt die vernichtende Wirkung des § 2256 Abs. 1 hinsichtlich des öffentlichen Charakters seines Testaments gekannt?, sondern müßte auch, wenn diese Frage zu verneinen wäre, stets prüfen: Hätte der Erblasser, wenn

[1] Planck (Anm. 5), KRGR. (Anm. 5), Leonhard (Anm. II A), Staudinger (Anm. III C a. E.), sämtlich zu § 2256; Cosack § 358 Anm. 9; Dernburg § 30 V a. E.; Kretzschmar § 21 II 3b; Meyer § 49 Anm. 22; Böhm S. 201 Anm. 1; Eichhorn S. 104; Leske S. 1042 Anm. 2; Matthiass § 278 II; Türcke zu § 2256 Anm. 1; Ahammer S. 22. Offenbar auch Küntzel S. 603, der allerdings, was ganz unverständlich ist, die Rücknahme nach § 2256 Abs. 3 beurteilen will.

[2] Ähnlich Liebe § 401 Anm. 11.

er gewußt hätte, daß sein Testament durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung kraft der zwingenden Natur des § 2256. Abs. 1 in öffentlicher Form unwirksam werden würde, es wenigstens als privatschriftliches aufrecht erhalten wissen wollen? Daß man aber bei der Prüfung solcher Fragen wie der vorstehenden, die sich im gegebenen Fall bei Einnahme des Strohalschen Standpunkts leicht noch mit verschiedenem anderem Inhalt denken lassen, selten zu einem unangreifbaren Ergebnis kommen würde, lehrt ein kurzer Blick in die Praxis, die zahlreiche Streitigkeiten kennt, bei denen es sich um die Auslegung des Willens des Erblassers mit Bezug auf eine letztwillige Verfügung handelt und bei denen die darüber ins Feld geführten Ansichten der Parteien beide gewichtige Gründe für sich haben.

Ungleich praktischer ist es dagegen, im fraglichen Fall dem Testament jede Wirkungsberechtigung abzusprechen. Will man wirklich die in der überwiegenden Zahl der Fälle einzig und allein von diesem Standpunkt abhängende, erforderliche Klarheit in den Nachlaßverhältnissen missen, und das nur, um dem Erblasser die doch leichte Mühe zu ersparen, sein Testament nach der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung mit neuem Datum und neuer Unterschrift zu versehen?!

Rechtlich begründet Strohal seinen Standpunkt so: Die Bestimmung des § 2256 widerspreche der von ihm im gegebenen Falle getroffenen Entscheidung nicht, weil diese Bestimmung nur sagen wolle, daß ein Testament, dessen Bestand auf der Erfüllung der für die Errichtung eines gerichtlichen oder notariellen Testaments oder der im § 2249 vorgeschriebenen Solennitäten beruhe, infolge der vom Erblasser (auf sein Verlangen) erlangten Rückgabe als widerrufen zu gelten habe. Das treffe aber für ein Testament, das als solches schon vor

der Erfüllung dieser Solennitäten Bestand gehabt habe, nicht zu.

Eine derartige Unterscheidung bei den vor einem Richter oder Notar oder nach § 2249 errichteten Testamenten macht jedoch der § 2256 Abs. 1 nicht. Mit der nach § 2238 erfolgten Übergabe an den Richter oder Notar verliert das privatschriftliche Testament seine selbständige Bedeutung, da es als übergebene „Schrift" (§ 2238) ganz in der Form des vor einem Richter oder Notar errichteten Testaments (§ 2231 No. 1) aufgeht, m. a. W.: es wird unter Preisgabe der Eigenschaften eines eigenhändigen Testaments zum öffentlichen Testament. Der Erblasser errichtet also mit der Übergabe seines Privattestaments nach § 2238 nicht etwa, wie Hellmann (a. a. O.) meint, neuerdings ein Testament, das dem Privattestament inhaltlich gleich ist und deshalb gemäß § 2258 Abs. 1 nicht zu dessen Aufhebung führt,[1] sondern er wandelt lediglich das Privattestament in ein öffentliches um. Läßt er sich das so umgewandelte Testament dann später aus der amtlichen Verwahrung, in die es gemäß § 2246 gebracht worden ist, herausgeben, so nimmt er damit dem obigen zufolge lediglich ein öffentliches, nicht auch zugleich ein privatschriftliches Testament aus der amtlichen Verwahrung zurück. Durch die bloße Rücknahme aber das öffentliche Testament wieder zum privatschriftlichen werden zu lassen, wäre in Anbetracht der Formlosigkeit einer solchen Umwandlung, die sich mit den sonst vom BGB. für letztwillige Verfügungen aufgestellten Rechtsgrundsätzen nicht in Einklang bringen ließe, keinesfalls

---

[1] Was zur weiteren Folge hätte, daß eine letztwillige Verfügung, der die Eigenschaft eines Privattestaments innewohnt, nach § 2246 in amtliche Verwahrung gebracht würde!

angängig, ist auch vom Gesetz nicht gewollt, geschweige denn zum Ausdruck gebracht.

Mit der Auffassung, daß ein nach § 2238 überreichtes Privattestament nach der Übergabe nur noch die Eigenschaften eines öffentlichen Testamentes besitzt, und dem bereits oben (S. 42) entwickelten Grundsatz, daß der Erblasser die Widerrufswirkung des § 2256 Abs. 1 selbst nicht durch eine ausdrückliche Erklärung in dem vor dem Richter oder Notar errichteten Testament beseitigen kann, stürzt auch das weitere Argument Strohals (a. a. O.) zusammen, das folgendermaßen lautet: Es sei nicht einzusehen, warum ein Erblasser in der von ihm nach § 2238 übergebenen Schrift nicht mit Wirksamkeit solle ausdrücklich aussprechen können, daß seine letztwillige Erklärung im Falle der an ihn erfolgten Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung als eigenhändiges Testament aufrecht bleiben solle. Müsse dies aber zugegeben werden, so sei zugleich gewiß, daß seiner (Strohals) Auffassung ein zwingender Rechtssatz nicht entgegenstehe.

Unberechtigt ist der Vorwurf des Widerspruchs und der Inkonsequenz, den Strohal (a. a. O.) und Crome (a. a. O.) jenen Schriftstellern[1] machen, die im vorbesprochenen Streitfall der hier vertretenen Ansicht sind, ein Privattestament aber — wiederum vorausgesetzt, daß es als fertiges Testament gewollt war — dann als solches vollwirksam aufrecht erhalten wollen, wenn es demnächst zur Sicherung gegen die Gefahr der Fälschung, des Bestreitens etc. einem Richter oder Notar nach § 2238 übergeben, bei der Übergabeverhandlung jedoch eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften vorgekommen und somit ein gültiges Testament öffentlicher Form nicht errichtet war. Denn die Frage, um

[1] Insbesondere Planck zu § 2256 Anm. 5 und zu § 2231 Anm. III 2; sowie Cosack II § 358 Anm. 9 und § 354 bei Anm. 13.

deren Entscheidung es sich im letzteren Falle handelt, ob nämlich ein ungültiges Testament öffentlicher Form nach den Regeln der Konversion[1] als Privattestament aufrecht erhalten werden kann, berührt den oben behandelten Streitfall, wo es sich im wesentlichen darum handelt, ob ein vollgültiges Testament öffentlicher Form auch gleichzeitig die Eigenschaften eines Privattestamentes in sich zu bergen fähig ist, nicht.[2]

Es sind — um nunmehr zu dem eigentlichen Tatbestand des § 2256 überzugehen — in der Hauptsache drei Momente, auf denen sich die Wirksamkeit eines Widerrufs der fraglichen Art aufbaut und die deshalb den folgenden Erörterungen als Leitschnur dienen mögen:

1. Verlangen des Erblassers,
2. Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung,
3. Aushändigung an den Erblasser persönlich.

Zu 1: Das Gesetz selbst schreibt vor, daß die Rückgabe auf Verlangen des Erblassers erfolgen muß. Es sagt das zwar nicht mit direkten Worten, bringt aber im Abs. 2 S. 1 des § 2256 mit der Vorschrift: „Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen" deutlich zum Ausdruck, daß es sich im Abs. 1 des § 2256 um eine vom Erblasser[3] verlangte Rückgabe handelt. Denn die beiden vorerwähnten Absätze des § 2256 stehen seinem ganzen Inhalt nach miteinander im engsten Zusammenhang. Wollte man leugnen, daß die materielle Rechtsnorm des Abs. 1 von den in Abs. 2 festgelegten Voraussetzungen abhängig ist, so würde man damit den Gesetzgeber des Fehlers zeihen, die Regeln des Abs. 2

---

[1] Enneccerus § 189 V.

[2] Ebenso Planck zu § 2256 Anm. 5 a. E.

[3] Eine Verfügungsgewalt des beurkundenden Notars über die in amtlicher Verwahrung befindliche Testamentsurkunde ist dem Gesetz unbekannt. Vgl. RJA. VIII S. 36.

ohne innere Berechtigung in den § 2256 eingeschoben zu haben. Einen so schweren Fehler kann der Gesetzgeber umsoweniger gemacht haben, als die Entwürfe eines BGB.[1] nach ihrer Fassung keinen Zweifel daran zulassen, daß sie das Herausgabeverlangen des Erblassers als Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Widerrufs der fraglichen Art betrachten, und dieser Standpunkt auch mit der durch die Reichstagskommission vorgenommenen Fassungsänderung nicht preisgegeben werden sollte.[2] Die Schriftsteller erkennen denn auch diesen Standpunkt, der durch den Wortlaut des § 2272 BGB. noch eine gewichtige Bestätigung findet, einstimmig als den richtigen an.[3]

Das Rückgabeverlangen stellt sich in seinem juristischen Wesen als rein publizistischer Antrag dar, und zwar als ein Antrag, der an keine besondere Form gebunden ist, sondern mündlich oder schriftlich — auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers; § 11 FGG. — angebracht werden kann. Zu richten ist er stets an die zuständige Verwahrungsstelle, nicht etwa an den Beamten, der bei Errichtung des Testaments als Urkundsperson mitgewirkt hat, was aber nicht ausschließt, daß dieser Beamte gleichzeitig für die Übernahme der Verwahrung zuständig sein kann. Wer die Verwahrung zu besorgen hat, ist von der Landesgesetzgebung, der die nähere Bestimmung hierüber gemäß § 200 FGG. zusteht, und zwar zumeist in den Ausführungsgesetzen zum BGB., festgesetzt.[4]

---

[1] Vgl. Entw. I § 1935 und Entw. III § 2229.

[2] Vgl. Komm. B. Bd. V S. 2105.

[3] Siehe vornehmlich Planck zu § 2256 Anm. 2 und Hellmann S. 223; ferner Strohal § 42 III 3b; Dernburg § 40 II; Leonhard zu § 2256 Anm. II B; Leske S. 1242 Anm. 3; Müller-Meikel § 442 Z. 3; Türcke zu § 2256 Anm. 2.

[4] Im einzelnen vgl. die vollständige Übersicht bei Fischer-Henle zu § 2246 Anm. 3; sowie Staudinger zu § 2246, Erl. zu Anm. 3c.

Danach kommen als zuständige Verwahrungsstelle in der Mehrzahl der Bundesstaaten, darunter Preußen,[1] Sachsen, Baden und Hessen, ausschließlich die Amtsgerichte, in Bayern[2] und Elsaß-Lothringen aùsschließlich die Notare, in Württemberg und der Hansastadt Lübeck sowohl Amtsgerichte wie Notare in Betracht.

Die Verwahrungsbehörde ist nur solange zur Verwahrung verpflichtet und berechtigt, bis der Erblasser die Rückgabe verlangt. Denn der Erblasser hat ein unbedingtes und unbefristetes Recht auf Rückgabe. Das ist vom Gesetz im § 2256 Abs. 2 S. 1 mit den Worten „kann jederzeit verlangen" bestimmt und das gilt auch dann, wenn der Erblasser das in der Verwahrung befindliche Testament bereits nach § 2254 widerrufen hat oder das Testament aus anderen Gründen, z. B. durch Zeitablauf nach § 2252, der Wirksamkeit beraubt ist, da für den Erblasser ein Interesse daran bestehen kann, daß die widerrufene bzw. unwirksame Verfügung nicht in der amtlichen Verwahrung bleibt und durch Eröffnung nach seinem Tode bekannt wird.[3]

Wird das Testament dem Erblasser ohne sein Verlangen aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben, so kann es, da ja ein solches Verlangen dem Obigen zufolge zu den Voraussetzungen des Widerrufs i. S. des § 2256 Abs. 1 zählt, nicht als widerrufen gelten, büßt daher nichts an seiner Wirksamkeit ein und kann jederzeit von neuem wieder in amtliche Verwahrung gebracht werden. Küntzel (S. 600) meint zwar, der „unerwünschte Tatbestand", daß die Rückgabe des Testaments ohne oder gegen den Willen des Erblassers vorgenommen

[1] Preuß. AG. z. BGB. Art. 81, auch über die örtliche Zuständigkeit; § 53 Gesch. O. für die Gerichtsschr. d. Amtsger. v. 18. Febr. 1914.

[2] Notariatsges. v. 9. Juni 1899 Art. 1 (Schweitzers Samml. S. 1).

[3] Vgl. Mot. S. 302; Planck zu § 2256 Anm. 3; Küntzel S. 600.

werde, liege angesichts der Vorschrift des § 2256 Abs. 2 S. 2, wonach die Rückgabe nur an den Erblasser persönlich erfolgen dürfe, überhaupt nicht im Bereich der Möglichkeit. Das ist jedoch nicht zutreffend. Möglich ist es, daß gelegentlich eine Rückgabe an den Erblasser ohne sein Verlangen stattfindet, daß er z. B. von zwei verschiedenen in Verwahrung befindlichen Testamentsurkunden die eine zurückverlangt, der Verwahrungsbeamte ihm aber irrtümlicherweise die andere herausgibt und der Erblasser diesen Irrtum nicht bemerkt.[1] In derartigen Fällen würde also trotz Rückgabe der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung, und zwar an den Erblasser persönlich, ein Testamentswiderruf i. S. des § 2256 nicht erfolgt sein.

Das mangelnde Herausgabeverlangen kann nicht durch nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) des Erblassers zur Rückgabe ersetzt werden; es genügt also nicht, daß der Erblasser das von ihm nicht zurückverlangte Testament vorbehaltlos aus der amtlichen Verwahrung entgegennimmt[2] oder wenigstens durch nachlässige Behandlung der Urkunde oder Errichtung eines neuen Testaments zu erkennen gibt, daß er mit der Rückgabe einverstanden war, oder daß er dem Verwahrungsbeamten sein Einverständnis bei der Rückgabe selbst ausdrücklich erklärt. Die Rechtslage ist die gleiche wie bei der Genehmigung einer seitens eines Dritten vorgenommenen Urkundenentwertung durch den Erblasser (S. 36 f. oben).

Zu 2: Ebenso wie das „Verlangen" der Rückgabe wird auch die „Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung"

[1] Ein Fall, den bereits die Mot. V S. 302 erwähnen. Vgl. auch Strohal § 42 Anm. 15 und Böhm S. 201 Anm. 2.

[2] Was Ahammer (S. 24) unzutreffenderweise als stillschweigendes Rückgabeverlangen ansieht.

vom Gesetz selbst zum Tatbestandsmerkmal des Widerrufs nach § 2256 gestempelt; das Gesetz tut das mit den Worten: „wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird". Klar und deutlich kommt damit zum Ausdruck, daß die Widerrufsfiktion des § 2256 erst nach erfolgter Aushändigung des Testaments an den Erblasser ins Leben tritt, daß also m. a. W. die Widerrufswirkung nicht schon an die Stellung des Antrags auf Rückgabe, sondern erst an die Rückgabe selbst geknüpft ist.[1] Daraus resultiert zunächst, daß eine hinterlegte letztwillige Verfügung in allen Fällen vollwirksam bleibt, in denen der Erblasser zwar ordnungsgemäß ihre Herausgabe verlangt, die Urkunde aber aus irgendwelchen Gründen, z. B. weil er in der Zwischenzeit starb, nicht in Empfang genommen hat. Strohal (§ 42 III 3), Meyer (§ 49 Anm. 21), Liebe (§ 401 Anm. 10) und Leske (S. 1242 Anm. 1) nehmen auch in solchen Fällen an, daß das Testament oft aufgehoben werde, weil in dem — der Form des eigenhändigen Testaments entsprechenden — schriftlichen Verlangen auf Rückgabe ein Widerruf nach § 2254 enthalten sein könne. Planck (zu § 2256 Anm. 2) dagegen meint, der schriftlich gestellte Antrag lasse sich in der Regel nicht als ein eigenhändiges Testament auffassen, das einen Widerruf nach § 2254 schon in sich trage und nur noch die Herausgabe des widerrufenen

[1] Vgl. ALR. I 12 § 569: „Durch die bloße Zurückforderung wird die nicht wirklich zurückgenommene Disposition noch nicht entkräftet". Das ALR. legte kraft positiver Bestimmung (I 12 § 570) der vor einem gehörig besetzten Gericht oder in einer privilegierten Form gelegentlich des Rückgabeverlangens abgegebenen Widerrufserklärung die Wirkung des ausdrücklichen Widerrufs bei, vorausgesetzt, daß die für diesen vorgeschriebenen Regeln erfüllt waren. Darüber und über die Wirkungslosigkeit der Aufhebungserklärung bei der „Zurückforderung unter Privatunterschrift" vgl. Koch S. 132 Anm. 69.

Testaments veranlassen solle. In der Tat wäre es vom Standpunkt des Erblassers aus sehr wünschenswert, daß die im schriftlichen Rückgabeantrag zum Ausdruck gekommene Widerrufsabsicht denn auch den Widerrufseffekt herbeiführen würde, wenn die Aushändigung des Testaments an den Erblasser unterbliebe. Die Erfüllung dieses Wunsches wird jedoch nur in den seltensten Fällen möglich sein, nämlich nur dann, wenn in dem fraglichen Rückgabeantrag der Tatbestand des § 2254 nicht allein der Form, sondern auch dem Inhalt nach verwirklicht ist. Das will heißen: Abgesehen von den Formerfordernissen des eigenhändigen Testaments, muß das Schriftstück, das den Rückgabeantrag trägt, neben diesem eine selbständige, auf die Gegenwart gerichtete Widerrufserklärung oder, anders ausgedrückt, eine Erklärung enthalten, die selbst dem Widerrufseffekt als Stütze dienen, ihn dagegen nicht unbedingt erst von der Rückgabe des Testaments abhängig gemacht wissen will. Als Widerruf nach § 2254 wird man demzufolge einen schriftlichen Rückgabeantrag z. B. dann betrachten können, wenn er folgendermaßen lautet: „Ich widerrufe mein Testament vom . . . . und beantrage deshalb hiermit, daß es mir aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben wird". Das gleiche dürfte aber nicht der Fall sein, wenn es im Rückgabeantrag z. B. heißt: „Ich beantrage, daß mir mein Testament vom . . . zu Widerrufszwecken aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben wird" oder: „daß mir mein Testament zurückgegeben wird, da ich es zu widerrufen gedenke". Indes läßt sich eine sichere Entscheidung im jeweiligen Fall nur bei genauer Kenntnis und entsprechender Berücksichtigung der einzelnen Sachumstände treffen.

Nur die definitive Übergabe des Testaments an den Erblasser gilt als Widerruf. Verlangt der Erblasser,

daß ihm das hinterlegte Testament nicht zurückgegeben, sondern, etwa weil er sich des Inhalts oder der Fassung nicht mehr erinnert oder seine Unversehrtheit prüfen will, zur bloß vorübergehenden Einsichtnahme an der Verwahrungsstelle geöffnet und vorgelegt werde, so büßt die letztwillige Verfügung nicht das geringste an ihrer Wirksamkeit ein, wenn der Verwahrungsbeamte dem Verlangen des Erblassers nachkommt,[1] um dann allerdings alsbald das Testament wieder ordnungsmäßig zu verschließen und wieder in amtliche Verwahrung zu bringen.[2] Denn unter Rückgabe i. S. des § 2256 ist eben nur die definitive Herausgabe des Testaments, nicht auch seine vorübergehende Aushändigung an den Erblasser zum Zwecke der Einsichtnahme zu verstehen; die entgegengesetzte Auffassung würde mit dem Geist des § 2256 nicht harmonieren.

Die Ausführung der Rückgabe ist vom BGB. nicht bestimmt, sondern der Regelung durch die Landesgesetze überlassen. In Preußen bildet in dieser Hinsicht

[1] Ob er das darf, ist bestritten. Über diese hier nicht zu erörternde Streitfrage vgl. Leonhard zu § 2264 III; Rspr. 9 S. 411 und Hess. Rspr. 7 S. 117 einerseits und andererseits: Planck zu § 2264 Anm. 5; Bayr. Gesch. O. f. d. Notare § 241 (Schweitzers Samml. S. 109); Els. Lothr. AG. z. FG. § 57, sowie vornehml. Kammerger. Beschl. in RJA. 8 S. 36, wo entschieden ist, daß der Notar, der das Testament in amtliche Verwahrung gegeben hat, nicht einmal mehr dessen Vorlage zur Einsicht verlangen kann.

[2] Ebenso Leonhard zu § 2256 Anm. II D, Pelargus § 140, Fischer-Henle zu § 2256 Anm. 2, Rspr. 16 S. 264 (mit verändertem Fall: Der Verwahrungsbeamte legt dem Testamentsrichter eine letztwillige Verfügung zur Durchsicht mit dem Zwecke vor, außer Zweifel zu stellen, daß es wirklich dasselbe Testament sei, das der Errichter widerrufen wollte), sowie vornehml. Hess. Rspr. 7 S. 117, wo auch, ebenso wie in Rspr. 9 S. 411 und bei Sauer S. 265 (für Bayern mit Bezug auf § 241 der Gesch. O. f. d. Not.) die Formalien des ganzen Vorlage- und Verschlußaktes ausführlich erörtert sind.

der Art. 81 § 3 Abs. 1 und 2 des AG. z. BGB. die gesetzgeberische Grundlage. Danach ist die Herausgabe vom Amtsgericht anzuordnen und vom Amtsrichter und Gerichtsschreiber gemeinschaftlich zu bewirken und zu registrieren. Dementsprechend ordnet wiederum § 53 der Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte vom 18. Februar 1914 an, daß beide Verwahrungsbeamte (Amtsrichter und Gerichtsschreiber) das zurückgeforderte Testament auf Grund einer — wohl vom Leiter der Testamentsabteilung[1] zu erlassenden — Ausgabeverfügung abzulangen und beide gewisse Eintragungen über die Herausgabe im Verwahrungsbuch zu unterzeichnen haben. Gleichzeitig mit dem Erlaß der Ausgabeverfügung wird der Testamentsrichter einen Termin zur Rückgabeverhandlung festsetzen. In diesem Termin, der ohne Zuziehung eines Gerichtsschreibers stattfinden kann,[2] hat dann der Testamentsrichter den Rückgabeakt in der Weise zu vollziehen, daß er dem Erblasser sämtliche bisher verwahrten Urkunden aushändigt, also wenn es sich um Herausgabe eines Testaments handelt, das durch Übergabe einer Schrift errichtet ist, nicht nur diese Schrift, sondern auch das über die Errichtung aufgenommene Protokoll. Zur Öffnung des amtlich hergestellten Verschlusses oder zur Beseitigung des Gerichtssiegels ist aber der aushändigende Richter nicht befugt,[3] eine solche Befugnis findet weder

[1] Dahin dürfte nach dem Inhalt der besagten Geschäftsordnung die von Planck (zu § 2256 Anm. 4) aufgeworfene Frage zu entscheiden sein, ob, wenn bei dem Amtsgerichte der Testamentsrichter nicht zugleich der Verwahrungsbeamte sei, die Rückgabe durch diesen oder jenen zu erfolgen habe. Vgl. Boschan S. 169; Weizsäcker-Lorenz S. 121; Maercker S. 91, 92, 193.

[2] Eichhorn S. 103; Weizsäcker-Lorenz S. 121 Anm. 3.

[3] Boschan S. 170; Weizsäcker-Lorenz S. 121 Anm. 6; Planck zu § 2256 Anm. 4; KRGR. zu § 2256 Anm. 2.

im Gesetz ihre Stütze noch ließe sie sich durch die Interessen des Erblassers oder sonst irgend einer Person innerlich rechtfertigen. Die Aufnahme eines Protokolls über die Rückgabeverhandlung ist zwar reichsrechtlich nicht vorgeschrieben, dürfte aber, soweit sie eben nicht auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften[1] zu erfolgen hat, schon deshalb sehr zweckmäßig sein und stets stattzufinden haben, weil in der Unterschrift des Protokolls durch den Erblasser eine gewisse Quittung über den Rückempfang des Testaments liegt. Daß diese Unterschrift zum Vollzug kommen muß, ergibt sich aus § 177 FGG. Denn da die Rückgabe des Testaments ihrer Wirkung wegen von seiten des Erblassers ein Rechtsgeschäft ist, hat sich die Protokollierung der Rückgabeverhandlung nach den zwingenden Normen der §§ 168 ff. FGG. zu richten. Wird das unbeachtet gelassen, unterbleibt also z. B. in den Fällen des § 169 die Zuziehung eines Gerichtsschreibers, in den Fällen der §§ 178, 179 die Zuziehung eines vereideten Dolmetschers, so verfällt lediglich die öffentliche Beurkundung selbst der Ungültigkeit, die Testamentsurkunde bzw. der in ihr liegende Widerruf bleiben durch die Verletzung der bezeichneten Vorschriften in ihrer Wirksamkeit ganz unberührt. Schließlich ist noch zu erwähnen, daß alle Urkunden und Schriften, die sich auf die Rückgabe beziehen, zu den Testamentsakten zu nehmen sind (§ 54 No. 4 Gesch. O. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger.).

Aus der amtlichen Verwahrung muß das Testament zurückgegeben werden, falls es im Sinne des § 2256 Abs. 1 als widerrufen gelten soll. Darüber läßt der Inhalt dieser Vorschrift keinen Zweifel. Was

[1] Z. B. in Bayern: § 240 Abs. 4 d. Gesch. O. f. d. Notariate (Schweitzers Samml. S. 108) und in Sachsen: § 15 d. VO. v. 16. Juni 1900.

ist aber nun unter der „amtlichen Verwahrung" zu verstehen?

Wenn das Gesetz im § 2256 Abs. 1 von der „in amtliche Verwahrung genommenen Urkunde" redet, so deutet es damit an, daß die Erklärung für den Begriff „in amtliche Verwahrung nehmen" im Gesetz selbst bereits enthalten ist; anderenfalls würde es diesen Begriff nicht voraussetzungslos und ohne die geringste Erläuterung in einer Rechtsregel von so schwerwiegenden Folgen, wie sie der § 2256 Abs. 1 darstellt, verwertet haben. Das geht vornehmlich auch daraus hervor, daß es im Abs. 3 des § 2256 heißt: „auch für ein nach § 2248 hinterlegtes Testament", womit ganz unzweideutig zum Ausdruck kommt, daß im Abs. 1 von einer Testamentsform die Rede ist, deren Hinterlegung auch auf Grund einer besonderen, und zwar eben einer anderen Vorschrift als der des § 2248, erfolgt. Diese andere Vorschrift kann nur der § 2246 sein, er allein bezieht sich auf letztwillige Verfügungen der im § 2256 Abs. 1 bezeichneten Art. Solche Verfügungen sollen demzufolge also vom Urkundsbeamten nach Verschluß mit dem Amtssiegel und Bezeichnung durch eine von ihm (dem Urkundsbeamten) zu unterschreibende Aufschrift in „besondere amtliche Verwahrung" gebracht werden. Wo diese Verwahrung vollzogen werden muß, das zu bestimmen ist, wie bereits oben (zu 1; S. 51) ausgeführt, gemäß § 200 FGG. dem Landesrecht überlassen.[1] Die Landesgesetze haben denn vor allem auch Anordnungen dahin zu treffen, daß alle Testamente der fraglichen Art in eine „besondere" amtliche Verwahrung kommen, worunter eine besonders geregelte und besonders sorgfältige, kurzum eine strengere und sicherere Verwahrung

[1] Vgl. auch Mot. V S. 296; sowie Stranz-Gerhard zu Art. 81 Anm. 4 und Leonhard zu § 2246 Anm. IV.

als die gewöhnliche gerichtliche oder notarielle Aktenverwahrung zu verstehen ist.[1]

Ergebnis: Die „amtliche Verwahrung" i. S. des § 2256 Abs. 1 ist identisch mit der „besonderen amtlichen Verwahrung" des § 2246, wie sie nach sachlicher und örtlicher Zuständigkeit, sowie nach Art der Ausführung in den Landesgesetzen geregelt ist.

Die Nutzanwendung dieses Ergebnisses lautet: Solange ein vor Richter, Notar oder nach § 2249 errichtetes Testament noch nicht gemäß § 2246 in besondere amtliche Verwahrung gebracht ist, kann ein Widerruf desselben i. S. des § 2256 Abs. 1 nicht stattfinden. Würde also z. B. in Preußen der Erblasser sein Testament von dem beurkundenden Richter oder Notar[2] zurückverlangen, bevor dieser es dem zur Verwahrung zuständigen Amtsgericht gemäß § 2246 überreicht hat, und würde der Urkundsbeamte dem Verlangen Folge leisten, so wäre damit die Wirksamkeit des Testaments in keiner Weise beeinträchtigt.

Kipp (§ 14 VII)[3] ist entgegengesetzter Ansicht, und zwar augenscheinlich deshalb, weil er auf dem Standpunkt steht (a. a. O.), daß[4] es sich bei der Einbringung des Testaments zur amtlichen Verwahrung „um eine über den Parteiwillen erhabene Amtspflicht des Notars

---

[1] In Preußen: § 53 Gesch. O. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsgerichte, bes. No. 9 und 15 das., wonach alle dem Gericht zur amtlichen Verwahrung übergebenen Verfügungen von Todeswegen in ein bes. Verwahrungsbuch einzutragen, die Verfügungen selbst aber unter gemeinschaftlichem Verschlusse der Verwahrungsbeamten an einem feuersicheren Ort in der Nummernfolge des Verwahrungsbuchs aufzubewahren sind.

[2] Im folgenden soll der Kürze halber immer nur vom „Notar" die Rede sein.

[3] Ebenso Leonhard zu § 2256 Anm. II E; Kretzschmar § 21 II Ziffer 3 c.

[4] Es handelt sich im folgenden immer um dasselbe Beispiel.

handle". Dieser Standpunkt wird zwar nicht von allen Schriftstellern geteilt. Ehe ich jedoch die einschlägige Streitfrage einer eingehenden Erörterung unterziehe, will ich betonen, daß das Kippsche Argument, selbst wenn man es, wie ich, an sich für richtig befindet, eher zur Befestigung als zur Widerlegung meiner oben dargelegten Auffassung geeignet ist. Einige Schriftsteller[1] und das Reichsgericht[2] ziehen denn auch gerade daraus, daß der Notar dem Verlangen des Erblassers auf Rückgabe des Testaments vor Ablieferung zur amtlichen Verwahrung nicht nachkommen dürfe, den Schluß: Eine solche Rückgabe hat keinen Widerrufseffekt.

Auf den ersten Blick scheint Folgendes richtig: Gilt die Zurücknahme aus der amtlichen Verwahrung als Widerruf, so muß das Testament erst recht als widerrufen gelten, wenn es dem Erblasser vom Urkundsbeamten zurückgegeben ist, ehe es in amtliche Verwahrung kommt. Aber diese Beweisführung entspricht nicht dem Geist des Gesetzes, das einen formlosen Widerruf — und einen solchen würde bei Anerkennung der Gegenansicht die Rückgabe vor Ablieferung zur amtlichen Verwahrung bedeuten — prinzipiell mißbilligt (s. oben S. 16). Erst wenn das Testament den mit der Einbringung zur amtlichen Verwahrung verbundenen Formalitäten unterzogen ist, soll es nach dem Willen des Gesetzes, wenn ich mich so ausdrücken darf, für „reif" befunden werden, durch bloße Rückgabe an den Erblasser als widerrufen zu gelten.

---

[1] Jastrow I zu § 2256 Anm. 2a; Wäntig S. 633; Riemann S. 209; Eichhorn S. 102 unter c; Neumann Handausg. zu § 2256 Anm. 2a und 3b; offenbar auch Staudinger zu § 2246 Anm. 1 und zu § 2256 Anm. III C („Rückgabe der in amtliche Verwahrung genommenen Urkunde; vgl. § 2246").

[2] Entsch. v. 21. 9. 11 in Warn. Erg.-Bd. 1913 No. 245.

Wenden wir uns nun der kurz vorher bereits angedeuteten und von mir im verneinenden Sinne[1] entschiedenen Kontroverse darüber zu, ob der Notar befugt ist, das Testament nicht in amtliche Verwahrung abzuliefern, sondern dem Erblasser auf dessen Wunsch hin zurückzugeben. Der lebhafte Streit, der in der Literatur über diese Frage herrscht — die Rechtsprechung hat sich damit noch kaum beschäftigt —, ist in der Hauptsache heraufbeschworen durch die falsche Anwendung der §§ 2246, 2255, 2256.

In den ersten Fehler sind Bödiker (a. a. O.) und Benkard (a. a. O.)[2] verfallen. Sie führen aus: Das Gesetz gebrauche im § 2246 das Wort „soll". Dadurch komme zum Ausdruck, daß der § 2246 lediglich eine Ordnungsvorschrift, nicht dagegen eine zwingende Vorschrift sei, seine „Beobachtung also der freien Parteiwillkür unterliege". Es müsse dem Erblasser daher freistehen, dem Notar die Übergabe des Testaments in amtliche Verwahrung zu verbieten und anzuordnen, daß das Testament ihm selbst ausgehändigt oder beim Notar oder bei einem Dritten hinterlegt werde. Allein „Sollvorschriften" sind nicht „dispositive Vorschriften".

---

[1] Ebenso Planck zu § 2246 Anm. 1 und zu § 2256 Anm. 3; Kipp § 14 VII; Leonhard zu § 2246 Anm. VI und zu § 2256 Anm. V; Wilke zu § 2256 Anm. 5; KRGR. zu § 2256 Anm. 2; Türcke zu § 2246 Anm. 1; Greiff in DJZ. 1900 S. 523; RJA. VIII S. 257 = Rspr. Bd. 16 S. 53; Eichhorn S. 45 zu V 1 und S. 102; Not. Ver. Z. 1903 S. 119; Riemann i. Recht 1909 Sp. 208.

A. A.: Bödiker in DJZ. 1900 S. 500; Benkard in Not. Ver. Z. 1903 S. 116 ff.; Wäntig, Not. Ver. Z. 1908 S. 632 ff.; Staudinger zu § 2246 Anm 1; Kretzschmar § 21 Anm. 20, (der die Ausführungen Riemanns ihrem Inhalte nach mit denen Wäntigs verwechselt). Über Jastrow siehe den Text weiter unten.

[2] Dessen Ansicht die Frankfurter Notarversammlung lt. Beschluß vom 3. 11. 1902, wiedergegeben in der Not. Ver. Z. 1903 S. 118, teilt.

Bödiker (a. a. O.) beruft sich des Weiteren auf die Begründung zum Entwurf des Preuß. AG. BGB. Art. 79 (S. 193), wo es nach seiner Darstellung heißen soll: „Dem Notar eine Frist zu setzen und ihn zur persönlichen Ablieferung zu verpflichten, erscheint nicht erforderlich. Hier soll für eine abweichende Bestimmung des Erblassers Raum bleiben". Aber § 2246 ist eine Vorschrift des Reichsrechts, welche durch kein Landesgesetz und noch weniger durch Motive eines solchen abgeändert werden kann. Außerdem hat die von Bödiker in Bezug genommene Stelle überhaupt nicht den Sinn, daß der Notar von der Amtspflicht zur Ablieferung des Testaments in amtliche Verwahrung durch den Erblasser dispensiert werden könne. Vollständig und richtig zitiert lautet die fragliche Stelle nämlich wie folgt:

> „Wird dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat, die Zuständigkeit für die Verwahrung beigelegt, so ergibt sich die Verpflichtung des Notars zur alsbaldigen Ablieferung des von ihm errichteten Testaments aus den reichsgesetzlichen Vorschriften und der Amtsstellung des Notars von selbst. Dem Notar eine Frist zu setzen und ihn zur persönlichen Ablieferung zu verpflichten, erscheint daneben nicht erforderlich. Auch hier soll übrigens für eine abweichende Bestimmung des Erblassers Raum bleiben."

Mit Greiff (a. a. O.) stimme ich dahin überein, daß sich die Worte des letzten Satzes „auch hier" auf die unmittelbar vorhergehende Ausführung zurückbeziehen, wonach der Entwurf bei gerichtlichen Testamenten dem Erblasser die Befugnis geben will, jederzeit die Verwahrung bei einem anderen Gericht als dem zuständigen zu verlangen. Nach dem Zusammenhang hat also der letzte Satz lediglich die Bedeutung, daß der Erblasser

auch bei einem notariellen Testament jederzeit die Verwahrung bei einem anderen Amtsgericht als dem für den Amtssitz des Notars zuständigen soll verlangen können.

Jastrow[1] wendet § 2256 falsch an. Er leitet aus § 2256 die Befugnis des Notars her, dem Erblasser auf dessen Verlangen das Testament vor Ablieferung an die Verwahrungsstelle zurückzugeben. Das Gegenteil dieser Ansicht hat Jastrow selbst in seinen Erläuterungen zu § 2246 Anm. 3 treffend begründet. „Von der Beobachtung des § 2246 darf auch auf Verlangen des Erblassers nicht abgesehen werden", so heißt es dort. Also ein scharfer Widerspruch! Was der Gesetzgeber im § 2246 mit ausdrücklichen Worten angeordnet hat, kann er nicht durch die Norm des § 2256 haben umstoßen wollen. Der § 2246 verbietet dem Notar die Rückgabe des Testaments an den Erblasser, also können die Bestimmungen des § 2256 Abs. 1 und 2 nur dahin gemeint sein, daß der Erblasser jederzeit die Rückgabe seines Testaments verlangen kann, nachdem es der Notar bereits aus Händen gegeben, d. h. in die besondere amtliche Verwahrung des § 2246 gebracht hat. Das führt auch zu dem Schluß, daß die „amtliche Verwahrung" i. S. des § 2256 und die „besondere amtliche Verwahrung" des § 2246 identisch sind, wie ich bereits oben an Hand des Gesetzes selbst nachgewiesen habe und außerdem dessen Entstehungsgeschichte nach Wächtigs trefflicher, eingehender Darstellung und Beweisführung[2] deutlich erkennen läßt.

Ebensowenig kann ich die sachlichen Gründe Jastrows (a. a. O.) billigen,[3] die Wächtig (a. a. O. S. 636) auf-

[1] Vgl. auch Kretzschmar § 21 II 3 c.

[2] A. a. O. Eine gekürzte Wiedergabe dürfte nicht den erforderlichen Überblick gewähren und ist deshalb als zwecklos unterlassen worden.

[3] Ganz abgesehen davon, daß Vernunftgründe für sich allein natürlich nicht genügen würden, um einen ausdrücklich erklärten entgegengesetzten Willen des Gesetzgebers (§ 2246) zu beseitigen.

genommen hat und die er als einen Hauptgrund für den von ihm konstruierten Spezialfall ins Feld führt, daß man die Bestimmung des § 2255 als eine Ausnahme von der Ordnungsvorschrift des § 2246 ansehen müsse. Jastrow und Wäntig meinen nämlich, es sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Notar dem Verlangen des Erblassers, ihm das Testament zum Widerruf herauszugeben, nicht entsprechen dürfte, sondern das Testament erst an die Verwahrungsstelle abliefern und den Erblasser entweder dorthin verweisen oder ihn veranlassen müsste, das Testament in einem neuen Testament zu widerrufen. Dadurch würden nicht nur unnötige Kosten[1] entstehen, die Konsequenz habe auch dazu zu führen, daß auch der instrumentierende Richter, wenn sofort die Rückgabe bei ihm nachgesucht werde, das Testament erst einschließen und dann herausgeben müsse, ein Verfahren, das wegen seiner Absonderlichkeit nicht beabsichtigt sein könne. Schließlich könne die Gefahr bestehen, daß der Erblasser vor Rücknahme des Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung stürbe oder seine Widerrufsfähigkeit verliere. Um mit dem letzten zuerst anzufangen: Eine solche Gefahr ist ausgeschlossen; es genügen wenige — wohl innerhalb eines verschwindend kurzen Zeitraums niederzuschreibende — in Testamentsform gekleidete Worte, um die bereits errichtete letztwillige Verfügung genau so gut oder gar noch sicherer zu widerrufen (§ 2254), als wenn sie dem Erblasser ausgehändigt werden würde. Von der weiter zurückgedachten „Absonderlichkeit" kann keine Rede sein; der Richter hat nicht nur das Testament einzuschließen und wieder herauszugeben, es ist noch eine ganze Reihe anderer Formalitäten zu erfüllen. So müssen z. B. in

[1] Preuß. Ger. Kostenges. § 44 Abs. 2 und 4.

Preußen[1] Akten angelegt werden, ein Hinterlegungsschein ist auszustellen, im Verwahrungsbuch sind sowohl bei Annahme wie bei Rückgabe des Testaments verschiedene genau vorgeschriebene Eintragungen zu machen, in gewisser Hinsicht haben Richter und Gerichtsschreiber gemeinschaftlich zu wirken, schließlich dürften auch Protokolle aufgenommen werden müssen. Auf der Erfüllung dieser Formalitäten — und das ist den sämtlichen von Jastrow und Wäntig vorgebrachten Vernunftgründen gegenüber zu sagen — beruht ja gerade im Falle der Rückgabe fast ausschließlich die sichere Erkenntlichkeit des Widerrufs, ohne sie würde bei einem im Nachlasse des Erblassers vorgefundenen, allseits unbekannten Testament schwerlich mit Sicherheit festzustellen sein: Dieses Testament befand sich einmal in amtlicher Verwahrung, daraus ist es dem Erblasser persönlich auf sein Verlangen zurückgegeben worden, also hat es als widerrufen zu gelten; nur die Befolgung der für die besondere amtliche Verwahrung gegebenen Formvorschriften verbürgt die im öffentlichen Interesse erforderliche Rechtssicherheit; dieser Rechtssicherheit gegenüber muß jeglicher Vorteil in den Hintergrund treten, den die vor Ablieferung zur besonderen amtlichen Verwahrung erfolgende Testamentsrückgabe durch den Notar mit sich bringen würde.

Infolge der wohl großen Seltenheit des Widerrufswillens im Stadium zwischen Testamentserrichtung und Einbringung des Testaments in amtliche Verwahrung ist es nur zu erklärlich, wenn die Motive (V S. 296), was ich Wäntig (S. 638) zugeben muß, gar nicht an den Widerrufsfall, sondern nur an den Fall gedacht haben, daß der Testator das Testament aufrecht erhalten, es aber nicht in besondere amtliche Verwahrung gebracht

[1] Vgl. § 53 Gesch. O. f. d. Gerichtsschreibereien.

haben will. Daß sich aber danach die Entstehungsgeschichte des Gesetzes mit der von Wäntig angestrebten Widerrufsmöglichkeit wohl vereinen läßt,[1] kann noch keinen Grund dafür abgeben, die Auffassung Wäntigs als richtig anzusehen.

Mit Wäntig (S. 635) jedoch weiterhin dem Notar nur in dem Falle Rückgabebefugnis zuzubilligen, daß der Erblasser verspräche, unter den Augen des Notars zur Vernichtung der Urkunde nach § 2255 zu schreiten, würde eine Gefahr für die Rechtssicherheit bedeuten. Denn hielte der Erblasser dies Versprechen nicht, was gerade in Anbetracht seiner bereits beim Rückgabeverlangen hervorgetretenen Willensschwankung leicht der Fall sein könnte, so würden dem Notar keine Mittel, auch keine Zwangsmittel, zu Gebote stehen, sich wieder in den Besitz des durch die bloße Rückgabe in seiner Wirksamkeit nicht beeinträchtigten Testaments zu setzen.[2] Eine in Gegenwart des Testators stattfindende Vernichtung durch den Notar selbst, die Wäntig (a. a. O.) für den Fall vorschlägt, daß sich der Notar mit dem Versprechen des Erblassers nicht begnügen könne, würde die letztwillige Verfügung ihrer Gültigkeit nicht berauben. Denn der Notar würde die Vernichtungshandlung weder als Werkzeug noch gar als Beauftragter des Erblassers vornehmen.[3] Hat doch letzterer vor Rückgabe des Testaments überhaupt keine Verfügungsmacht über die Urkunde![4]

Warum schließlich Wäntig (S. 637) seinen Gegnern mangelnde Rücksichtnahme auf das dem Testator im § 2255 gewährte materielle Recht vorwirft, ist mir un-

[1] Siehe Wäntig S. 639.
[2] Vgl. Riemann Sp. 209.
[3] Siehe oben § 5.
[4] Vgl. Riemann a. a. O.

begreiflich. Dieses materielle Recht läßt sich doch mit dem besten Willen nicht weiter ausdehnen, als daß man sagt: Dem Erblasser steht immer dann die Widerrufsmöglichkeit durch Urkundenentwertung zu, wenn er die Urkunde in seiner tatsächlichen Gewalt hat, mag er diese Gewalt auch z. B. nur durch ein Versehen des Verwahrungs- oder des instrumentierenden Beamten oder auf sonstige unrechtmäßige, womöglich sogar strafbare Weise (heimliches Aufbrechen des Verwahrungsraums usw.) erlangt haben. Ein seinen Worten und seinem Sinne durchaus fremdes, unbedingtes Recht des Verfügenden auf sofortige Rückgabe der Urkunde hat der § 2255 nicht zum Inhalt. Es ist auch nicht die geringste Stütze dafür vorhanden, warum der Gesetzgeber mit ihm (§ 2255) die Ordnungsvorschrift des § 2246 hat durchbrechen, dem Gesetze also mit ihm eine Ausnahmebestimmung von § 2246 hat einverleiben wollen.

Zu 3: „Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen" (§ 2256 Abs. 2 S. 2). In Konsequenz der zu 1 dargelegten Auffassung erblicke ich auch in diesem Satz des Abs. 2 des § 2256 die Aufstellung eines Mußerfordernisses für die Herbeiführung der im Abs. 1 geregelten Widerrufsfiktion.[1] Das will besagen: Der Verwahrungsbeamte macht sich eines ordnungswidrigen Verhaltens schuldig, wenn er die verwahrte Testamentsurkunde, deren Rückgabe der Erblasser verlangt hat, an einen Vertreter oder Boten des letzteren herausgibt. Gleichzeitig hat aber dieses ordnungswidrige Verhalten auch im Gefolge, daß ein Widerruf des heraus-

[1] Ebenso Planck Anm. 2, KRGR. Anm. 4, Staudinger Anm. III C, Frommhold Anm. 1, Neumann, Handausgabe Anm. I 2 b, sämtlich zu § 2256; Ude S. 419; Crome § 655 Anm. 45; Endemann § 50 Ziff. 3 b; Maercker S. 193; Dernburg § 37 III; Böhm S. 201; Eichhorn S. 102; Mayer-Reis § 45 III 2; a. A. Leonhard zu § 2256 Anm. II C.

gegebenen Testaments i. S. des § 2256 nicht erfolgt ist, ein Ergebnis, das also nur dann vermieden worden wäre, wenn der Erblasser persönlich die Urkunde vom Verwahrungsbeamten entgegen genommen hätte.

Soweit muß man in der Auslegung des fraglichen Satzes schon gehen, wenn man überhaupt annehmen will, daß die Rückgabe an den Erblasser persönlich zu den Voraussetzungen der im § 2256 Abs. 1 normierten Widerrufsart gehört. Mit Strohal (§ 42 III 3a)[1] einen Mittelweg dahin einzuschlagen, daß „der Widerrufseffekt keinesfalls vor dem Zeitpunkt eintritt, in welchem der Erblasser das Testament persönlich zurückerlangt hat", erscheint mir im Gesetz nicht begründet. Deshalb sehe ich bei dem von Strohal (§ 42 Anm. 14) angeführten Beispiel, wonach ein Gemeindevorsteher ein vor ihm nach § 2249 errichtetes, vom Erblasser zurückverlangtes Testament statt dem Erblasser selbst dessen Frau aushändigt, im Gegensatz zu Strohal selbst den Eintritt des Widerrufseffekts als schlechthin unmöglich an und bin nicht der Ansicht, daß den an diesen Eintritt gestellten Anforderungen entsprochen sei, sobald die Frau das Testament ihrem Manne übergeben habe.

Die von mir befürwortete Auslegung ist auch nicht etwa übertrieben ängstlich[2] oder gar kleinlich zu nennen. Denn, wie die Protokolle V S. 354 treffend bemerken, „die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch Rücknahme der in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentsurkunde ist ein so wichtiger Akt, daß es sich

[1] Ähnlich auch Peiser § 8 Anm. 4 und Matthiass § 278 II.

[2] Womit ein kleiner Teil der Kommission für die zweite Lesung des Entw. die schon im ersten Entw. (§ 1935) enthaltene Bestimmung, daß die Zurückgabe nur an den Erblasser persönlich erfolgen dürfe, bekämpfte.

rechtfertigt, die Aufhebung ebenso wie die Errichtung nur durch unmittelbaren Verkehr des Testators mit dem Gericht sich vollziehen zu lassen".[1] Und das umsomehr, als bei Gestattung der Rückgabe an einen Bevollmächtigten der Verwahrungsbeamte stets im Ungewissen darüber sein würde, ob der Testator zu dem Zeitpunkt, zu dem der Bevollmächtigte von seiner Vollmacht Gebrauch macht, überhaupt noch lebt oder nicht wenigstens inzwischen die Vollmacht widerrufen hat.[2] Außerdem würde die Zulassung einer rechtsgeschäftlichen Vertretung, wie bereits die Motive (V S. 303) hervorhoben, mit der Widerrufsform des § 2254 durchaus nicht im Einklang stehen. Dem von ALR. (I 12 § 571) und Hessischen Entwurf (Art. 183), sowie vom Bährschen Gegenentwurf (§ 1730) aufgestellten Erfordernis, daß der mit der Inempfangnahme des Testaments betraute Vertreter gerichtlich bestellt bzw. mit gerichtlicher oder notarieller Vollmacht ausgestattet sein müsse, hat der Gesetzgeber mit Recht das Erfordernis der Aushändigung an den Erblasser persönlich vorgezogen.[3]

Praktische Übelstände hat der Gesetzgeber damit nicht ins Leben gerufen. Denn ist der Erblasser infolge Krankheit oder aus anderer Ursache behindert, an der Verwahrungsstelle zu erscheinen, so wird es für den Verwahrungsbeamten mit keinen besonderen Schwierigkeiten verknüpft sein, sich in die Wohnung oder zum Aufenthaltsort des Erblassers (Krankenhaus, Gefängnis usw.) zu begeben und ihm dort das Testament auszuhändigen. Befindet sich der Wohn- oder Aufenthaltsort des Erblassers weit von der Verwahrungsstelle entfernt oder wenigstens außerhalb deren Bezirk, so werden

[1] Vgl. auch Ude S. 418.
[2] Prot. V S. 354.
[3] Prot. a. a. O.

Verwahrungsbehörde und Erblasser dadurch jeder Unannehmlichkeit enthoben, daß die Testamentsrückgabe im Wege der Rechtshilfe bewerkstelligt werden kann (§ 2 FGG.; §§ 159 ff. GVG.).[1] Schließlich darf aber auch nicht übersehen werden, daß mit dem Mußerfordernis der Aushändigung an den Erblasser persönlich aus folgendem Grunde ein praktischer Vorteil von unersetzlicher Wichtigkeit verknüpft ist: Der Unterschied zwischen den Folgen der Rücknahme bei einem Privat- oder öffentlichen Testament dürfte nur den wenigsten Laien bekannt oder wenigstens richtig in Erinnerung sein, was für sie, wie auf der Hand liegt, im Falle der Testamentsrückgabe große Unzuträglichkeiten im Gefolge haben kann. Dieser Gefahr wird eben dadurch bedeutend vorgebeugt, wenn nicht völlig Abbruch getan, daß der Erblasser bei der Rückgabeverhandlung persönlich mit dem Verwahrungsbeamten in Verkehr treten muß. Hat doch dann der Verwahrungsbeamte die Möglichkeit, den Erblasser über die Folgen der Herausgabe aus der amtlichen Verwahrung aufzuklären,[2] wozu man den Verwahrungsbeamten sogar schlechterdings für verpflichtet halten muß!

---

[1] In Bayern gibt die autographierte JMEntschl. v. 5. 12. 1900 No. 44321 (Schweitzers Samml. S. 144) betr. den Widerruf von Testamenten, unter Ziff. VII, dem vom Orte der amtlichen Verwahrung entfernt wohnenden Erblasser das Recht, sich sein Testament durch Vermittelung des Notars seines Aufenthaltsortes zurückgeben zu lassen. Darüber siehe Staudinger zu § 2256 Anm. III C und Näheres bei Sauer S. 264 f.

Für Preußen vgl. ferner AG. BGB. Art. 81 § 2 Abs. 2, wonach der Erblasser jederzeit die Verwahrung bei einem anderen als dem an sich damit befaßten Amtsgericht verlangen kann, und über die Art der Verwirklichung dieses Verlangens vgl. Gesch.O. f. d. Gerichtsschr. d. Amtsger. § 53 No. 17.

[2] Für die bayr. Notare ist das durch positive Bestimmung in der Bayr. Not. Gesch.O. v. 24. 12. 1899 (§ 240 Abs. 5) vorgeschrieben (siehe Schweitzers Samml. S. 108).

Berührt schon die Empfangnahme durch einen Vertreter die Gültigkeit des Testaments nicht, so ist dies in noch höherem Grad der Fall, wenn die Rückgabe des Testaments an einen gänzlich Unberechtigten, also vornehmlich an eine Person erfolgt, die sich zu Täuschungszwecken für den Erblasser ausgibt.[1]

Um die Herausgabe an einen Unberechtigten zu vermeiden, muß der Verwahrungsbeamte streng darauf bedacht sein, daß der Erblasser seine Identität, z. B. durch sog. Legitimationspapiere (Ladung zum Rückgabetermin, Steuerquittung, Reisepaß und dergleichen), nachweist (§ 176 Abs. 3 FGG.).[2] Diesen Nachweis durch Vorzeigung oder Rückgabe des dem Erblasser gemäß § 2246 Abs. 2 erteilten Hinterlegungsscheins führen zu wollen, halte ich indes in Übereinstimmung mit dem Komm. der Reichsgerichtsräte (zu § 2256 Anm. 4) für unzureichend. Auch kommt dem Hinterlegungsschein keineswegs die Bedeutung eines Legitimationspapieres zu; sonst würde sicherlich, wie Ude (S. 416) richtig ausführt, im § 2256 davon die Rede gewesen sein, daß bei Rückgabe des Testaments etwa der Hinterlegungsschein vorgezeigt oder zurückgegeben werden müsse. Die Herausgabe des Testaments aber überhaupt, wie Bischoff (S. 433) das will, auf Grund des § 371 von der Rückgabe des Hinterlegungsscheins abhängig zu machen, erscheint mir mit Rücksicht auf den immerhin besonders gearteten Charakter des zwischen der Hinterlegungsstelle und dem Erblasser bestehenden Ver-

[1] Dabei wird vorausgesetzt, daß der Erblasser selbst einen ordnungsmäßigen — bei solchen Fällen wohl ausschließlich schriftlichen — Rückgabeantrag gestellt hatte. Anderenfalls würde die Widerrufswirkung des § 2256 schon deshalb nicht eintreten, weil das gesetzliche Erfordernis des vom Erblasser ausgehenden Rückgabeverlangens fehlt (siehe oben zu 1).

[2] Erhält der Erblasser sein Testament nicht zurück, weil er sich nicht legitimieren kann, so muß er ein Widerrufstestament errichten.

wahrungsverhältnisses nicht unbedenklich. Jedenfalls wird dem praktischen Bedürfnis vollauf Genüge getan, wenn mit Dernburg (§ 37 Anm. 9) und Planck (zu § 2256 Anm. 4 f.)[1] die Rückgabe des Hinterlegungsscheins zwar ordnungshalber verlangt, nicht aber als unerläßliche Voraussetzung für die Rückgabe der hinterlegten letztwilligen Verfügung betrachtet wird.

Nicht allein eine Identitätsprüfung hat der aushändigende Verwahrungsbeamte vorzunehmen, er muß auch, da die Testamentsrücknahme als Widerruf den Charakter einer letztwilligen Verfügung hat, in eine Prüfung darüber eintreten, ob der Erblasser widerrufsfähig ist, ob er also insbesondere die zum Widerruf eines Testaments erforderliche Geschäftsfähigkeit (siehe oben § 2) besitzt. Das wird in Literatur und Praxis[2] einstimmig angenommen. Streit herrscht jedoch über den Zeitpunkt, der für die Prüfung der Widerrufsfähigkeit maßgebend sein soll. Ude (S. 418 unten, 419) steht auf dem Standpunkt, daß der Erblasser zu der Zeit geschäftsfähig sein müsse, wo er den Antrag auf Herausgabe des Testaments aus der amtlichen Verwahrung stelle. Die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[3] ist dagegen der Ansicht, daß es einzig und allein auf den Zeitpunkt der eigentlichen Rückgabe

[1] Vgl. KRGR. zu § 2256 Anm. 4.

[2] Vgl. JW. 1903 S. 299 No. 33 und JW. 1904 S. 47 No. 18, wo mit Beziehung auf das ALR. I 12 § 563 ausgeführt wird, daß die Rückgabe an einen Geschäftsunfähigen dem Falle gleichsteht, in dem das Testament ohne Mitwirkung des Erblassers durch Zufall verloren ging (I 12 § 602).

[3] Vgl. insbes. Planck Anm. 2, KRGR. Anm. 1, Leonhard Anm. II B, Staudinger Anm. III C, Türcke Anm. 2, Frommhold Anm. 1, sämtlich zu § 2256; Cosack § 358 I 3; Meyer § 49 Anm. 21; Matthiass § 278 II; Kuhlenbeck § 20 II 4; Küntzel S. 601; Müller-Meikel S. 460; Hallbauer S. 46; Maercker S. 193; Eichhorn S. 102; Leske S. 1242 Anm. 2; Kretzschmar § 21 II 3c.

der Urkunde ankomme. Dem will Strohal (§ 42 III 3c)[1] wiederum jedoch nur für den von ihm angenommenen Fall folgen, daß Rückgabe und Rückgabeantrag zusammenfielen oder wenigstens den Umständen nach das schon früher gestellte Verlangen der Rückgabe bei dieser selbst als vom Erblasser wiederholt gelten könne, während er beim Fehlen dieser Voraussetzung den Eintritt des Widerrufseffekts davon abhängig zu machen haben meint, daß der Erblasser auch schon zur Zeit der Stellung des Rückgabeverlangens widerrufsfähig sei. Ich halte die Ansichten Udes und Strohals für unrichtig. Dabei erscheint mir allerdings zur Widerlegung des Strohalschen Standpunktes die Begründung weniger geeignet, deren sich die Schriftsteller der herrschenden Meinung zum Teil[2] bedienen und die dahin lautet, daß der Rückgabeantrag mit dem Erscheinen des Erblassers vor Gericht oder Notar stets erneuert werde, bei der Rückgabe selbst somit stets als wiederholt anzusehen sei. Denn von einer Erneuerung des Rückgabeverlangens wird man z. B. in dem — von den vorbezeichneten Schriftstellern augenscheinlich übersehenen — Fall schwerlich reden können, in dem sich der Verwahrungsbeamte auf den schriftlichen Antrag des totkranken Testators hin in dessen Wohnung begibt und ihm dort, ohne daß dabei der Testator womöglich etwas zu sprechen fähig ist, das hinterlegte Testament aushändigt. Unbedingte Durchschlagskraft, und zwar sowohl gegenüber dem Strohalschen wie dem Udeschen Standpunkt, kommt dagegen dem folgenden von anderen Vertretern der herrschenden Meinung[3] vorgebrachten

[1] Siehe auch Mayer-Reis § 45 Anm. 11; Neumanns Jahrb. Bd. 2 zu § 2256, sowie Mot. V S. 302.

[2] Z. B. Küntzel und Planck a. a. O.

[3] Z. B. Kuhlenbeck, Frommhold, Matthiass a. a. O.

Argument zu: Da (wie oben ausgeführt) der Widerrufseffekt nicht schon an das Verlangen der Rückgabe, sondern erst an diese selbst geknüpft sei, habe nur die Empfangnahme des Testaments rechtsgeschäftliche Wirkung und somit die Bedeutung eines Rechtsgeschäfts, das dann als solches zu seiner Wirksamkeit das Vorhandensein der vom Gesetz bestimmten Geschäftsfähigkeit des Widerrufenden bedinge. Der Versuch Strohals, diesem Argument durch einen praktischen Fall den Boden unter den Füßen wegzuziehen, ist als mißlungen zu betrachten. Strohal (§ 42 Anm. 16) setzt nämlich folgendes Beispiel: „Ein Verwandter des gerade in einem Zustande vorübergehender Störung der Geistestätigkeit sich befindenden Erblassers veranlaßt diesen, ein das Begehren um Rückgabe eines Testaments enthaltendes Schriftstück mit seiner Unterschrift zu versehen. Bei der an ihn selbst erfolgenden Rückgabe befindet sich der Erblasser zwar nicht mehr in dem bezeichneten Zustande, aber doch in einer Lage, vermöge welcher er den Rückgabeakt über sich ergehen läßt, ohne sich auch nur zum Bewußtsein zu bringen, was ihm zurückgegeben worden ist.“ Soll nun aus diesem Beispiele mit Strohal wirklich der Schluß zu ziehen sein, daß dann, wenn das Verlangen auf Rückgabe nicht von einem widerrufsfähigen Erblasser ausgehe, „das bloße Vorhandensein der Widerrufsfähigkeit zur Zeit der wirklich erfolgten Rückgabe den Mangel des von einem widerrufsfähigen Erblasser gestellten Rückgabeverlangens nicht ersetzen könne?“ Ich verneine die Frage, weil ich einen Tatbestand, wie ihn Strohal denkt, für kaum möglich erachte. Ein Mann, der sich, wie der Erblasser, erwiesenermaßen in einem Zustande vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befunden hat und trotz persönlicher Rückgabeverhand-

lung mit dem Verwahrungsbeamten nicht zu der Erkenntnis kommt, daß es sich bei dem Schriftstück, das ihm zurückgegeben wird, um sein eigenes Testament handelt, befindet sich noch oder wieder in dem vorbesagten Zustand, ist also, da seine Willenserklärungen gemäß § 105 Abs. 2 nichtig sind, auch zur Zeit der Empfangnahme des Testaments nicht widerrufsfähig.

Schließlich wird in den meisten Fällen der Verwahrungsbeamte gerade bei der Rückgabe selbst die einzige oder wenigstens die beste Möglichkeit haben, den ihm dabei persönlich gegenüberstehenden Erblasser auf seine Geschäftsfähigkeit zu prüfen.

D. Widerruf des Widerrufs.

§ 7.

Mit einem unanfechtbaren Widerruf durch schlüssige Handlung (§§ 2255, 2256) ist die Unwirksamkeit der widerrufenen Verfügung unmittelbar und unlöslich verknüpft; die betreffende Verfügung gilt in diesem Falle vom Augenblick der Widerrufserklärung an als nicht mehr vorhanden, sie hat von da ab auf die Nachlaßregelung keinerlei Einfluß mehr. Dagegen macht der vollgültig testamentarisch erklärte Widerruf (§ 2354) die angegriffene Verfügung nicht sofort zu einem nichtigen Akt, sondern nimmt erst beim Tode des Erblassers vernichtende Wirkung an.[1]

Dies alles ergibt sich aus dem Inhalt des Gesetzes, das im § 2257 BGB. nach dem Vorgang des gemeinen Rechts,[2] aber im Gegensatz zum ersten Entwurf (§ 1933 Abs. 2) bestimmt, durch den Widerruf eines Widerrufs-

[1] Vgl. RG. Bd. 2 S. 363; OLG. Stuttgart in Rspr. Bd. 20 S. 431; Mayer-Reis § 45 II.

[2] Windscheid-Kipp III § 565 Anm. 7. Über das preuß. Recht siehe Dernburg § 171 Ziff. 6 und ALR. I 12 § 582.

testaments solle die in diesem Testament widerrufene Verfügung wieder aufleben. Danach[1] kann also der Erblasser eine letztwillige Anordnung, die er durch Vernichtung oder Veränderung der sie enthaltenden Testamentsurkunde (§ 2255) oder durch Rücknahme dieser Urkunde aus der amtlichen Verwahrung (§ 2256) zur Unwirksamkeit gebracht hatte, durch Widerruf des Widerrufs nicht wieder in Kraft setzen. Insonderheit kann er dies nicht dadurch erreichen, daß er die Vernichtung oder Veränderung der Urkunde z. B. durch Zusammenkleben der einzelnen Teile, Ausradieren der Striche, Unterpunktierung des Durchstrichenen beseitigt oder im Falle des § 2256 das zurückgenommene Testament wieder in amtliche Verwahrung gibt.[2] Denn diese Handlungen würden mehr noch als der testamentarisch erklärte Widerruf eines Widerrufs der fraglichen Art (§§ 2255, 2256) in die Nachlaßregelung des Erblassers unklare und unsichere Tatsachen einschieben, die seinen letzten Willen schwer oder gar nicht erkennen ließen und gerade das vereitelten, was das Gesetz im Gebiete der letztwilligen Verfügungen der Rechtssicherheit wegen in besonders hohem Maße verlangt, nämlich deutliche und strikte Erklärungen. Mit Goslich (ZtBl. FG. 3. Jahrg. S. 97) stehe ich außerdem auf dem Standpunkt, daß ein nach § 2256 aus der amtlichen Verwahrung zurück-

[1] Von Endemann (§ 50 Anm. 8) übersehen.

[2] Planck zu § 2255 Anm. 4, § 2256 Anm. 6; Kipp § 21 III; Cosack § 358 I 1b, I 3b; Leonhard zu § 2255 Anm. V, § 2256 IV; Meischeider S. 550; Dronke in Zt. d. Rhein-Preuß. Amtsrichtervereins Bd. 18 S. 36; Dernburg § 41 VI, aber nur für den Fall des Widerrufs eines nach § 2256 erfolgten Widerrufs; im anderen Falle (§ 2255) war sich Dernburg (ebda.) unschlüssig, Engelmann bei Dernburg (§ 41 V) hat dann aber die Frage unter dem Vorbehalt, daß die Wiederherstellung gelungen sei und keinen Zweifel zulasse, im entgegengesetzten Sinne wie hier entschieden.

genommenes öffentliches Testament seine Testamentseigenschaft verloren hat und sie nie, also auch nicht durch Widerruf oder Zurückgabe in die Verwahrung, wieder gewinnen kann. Wenn nun ein Erblasser seinen Nachlaß so verteilt wissen will, wie er es in einem nach §§ 2255 oder 2256 widerrufenen Testament angeordnet hat, bleibt ihm somit nichts anderes übrig, als ein neues Testament mit dem gleichen Inhalt wie das widerrufene zu errichten.[1] Dabei steht jedoch, falls es sich um den Errichtungsakt eines öffentlichen Testaments handelt, nichts entgegen, eine bei Errichtung des widerrufenen Testaments gemäß § 2238 überreichte, den Testamentsinhalt verkörpernde Schrift auch jetzt zum Gegenstand einer solchen Überreichung zu machen, während ich schon aus rein redaktionellen Gründen die Ansicht Cosacks (§ 21 III) nicht billigen kann, es könne auch das alte Protokoll, wenn es den vollen Inhalt der letztwilligen Verfügung in sich aufgenommen habe, den Gegenstand der Überreichung bilden.

Zur Neuerrichtung eines Testaments muß der Erblasser auch dann schreiten, wenn er gegenüber seiner letztwilligen Verfügung zwar zunächst einen Widerruf durch testamentarische Erklärung vorgenommen, später aber noch die gleiche Verfügung durch Urkundenentwertung oder, falls es sich um ein öffentliches Testament handelte, durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung widerrufen hatte. Denn in einem solchen Falle hat der Widerruf des Widerrufstestaments, der übrigens mittels jeder der zugelassenen Widerrufsformen (§§ 2254—2256) erfolgen kann, die Wirkung einer durchgreifenden rechtlichen Neubelebung des ersten Testaments (§ 2257) deshalb nicht, weil diesem Testa-

[1] Planck zu § 2257 Anm. 2; KRGR. zu § 2257 Anm. 1; Eichhorn S. 104 III.

ment ein doppelter Widerruf entgegen steht, der auch doppelt wirksam [1] und, soweit er durch schlüssige Handlungen erzeugt wird, dem Obigen zufolge unwiderruflich ist.

Die Frage, ob der Erblasser die Wiederherstellungswirkung des § 2257 ausschließen kann, ist in Literatur und Praxis verschieden beantwortet worden:

a) Die Mehrzahl der Schriftsteller [2] und das OLG. Stuttgart (Rspr. Bd. 20 S. 431) sehen mit den Protokollen V S. 353 in § 2257 dispositives Recht; bei entgegengesetzter Willensmeinung des Testators sei § 2257 nicht anwendbar.

b) Grundsätzlich ebenso Kipp (§ 21 III). Doch hält dieser (§ 21 Anm. 6) eine derartige Willensmeinung dann für belanglos, wenn der Widerruf des Widerrufstestaments durch Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung erfolgt.

c) Planck (zu § 2257 Anm. 4) verneint die Dispositivnatur des § 2257; aber er erkennt an, [3] daß der Umfang des Widerrufs sich nach dem Willen des Erblassers bemesse; es sei daher gegenüber der allgemein ausgesprochenen Aufhebung des ersten Widerrufs der Beweis zuzulassen, daß der Erblasser es bei dem Widerruf einzelner Verfügungen des ursprünglichen Testaments

---

[1] Der spätere Widerruf ist nicht etwa deshalb wirkungslos, weil „aus besonderem Grunde dargetan werden kann, daß die Wirkung der ersten Tatsache die der zweiten ausschließt" (Kipp in Festschr. für Martitz S. 229). Denn die Wirkung der „zweiten Tatsache" ist im gegebenen Fall von der der ersten gerade deshalb verschieden, weil die Urkundenentwertung oder Zurücknahme der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung einen unwiderruflichen Widerruf erzeugt.

[2] Staudinger zu § 2257 IV; KRGR. zu § 2257 Anm. 2; Crome § 655 Anm. 23; Matthiass § 278 III; Peiser § 8 IV; Böhm § 64 II; Sauer § 70 a. E.; Müller-Meikel S. 461.

[3] Unter Bezugnahme auf Ausführungen Endemanns (III § 50 Anm. 9) und Frommholds (zu § 2257 Anm. 3).

habe belassen wollen. Im Ergebnis kann für Planck der Wille des Erblassers zwar auf eine Beschränkung des Widerrufs eines Widerrufstestaments, nicht aber auf den gänzlichen Ausschluß der Wirksamkeit eines solchen Widerrufs gerichtet sein.

Die gleichen[1] Rechtserwägungen sind für Leonhard (zu § 2257 Anm. IV)[2] ausschlaggebend. Wenn Planck ausführt, daß der Umfang des Widerrufs sich nach dem Willen des Erblassers bemesse, so meint er damit nichts anderes, als was Leonhard weitaus klarer und verständlicher mit den Worten ausdrückt: Der Wille des Erblassers bestimme, ob und inwieweit die zweite Verfügung widerrufen werden solle. Hätte Planck ebendiese Worte gebraucht, so würde Herzfelder (zu § 2257 Anm. IV) aller Voraussicht nach nicht dazu gekommen sein, ihm den Vorwurf des inneren Widerspruchs zu machen und aus seiner Darlegung, der Umfang des Widerrufs bemesse sich nach dem Willen des Erblassers, den Schluß zu ziehen, daß dem Erblasser der Ausschluß der Anwendung des § 2257 freistehen müsse. Dabei ist allerdings nicht zu verkennen, daß Herzfelder ungenau gelesen hat; anderenfalls würde er nicht haben übersehen können, daß Planck nur vom „Umfang des Widerrufs" spricht und nicht etwa von dem Umfang der Wirksamkeit, die der Widerruf des Widerrufs auslöst.

Ganz konsequent kommt denn auch Planck zu der — übrigens nach jedem Standpunkt (a—c) — richtigen Folgerung, daß der zweite Widerruf sich lediglich auf einzelne Teile der ersten Widerrufserklärung zu beziehen brauche, somit ein Beweis dahin offenzuhalten sei, der Erblasser habe nur einzelne Verfügungen des ursprünglichen Testaments in Wirksamkeit treten, andere

[1] A. A. Leonhard selbst zu § 2257 Ziff. IV Anm. 3.

[2] Vgl. auch Maercker S. 192.

außer Kraft belassen wollen.[1] Hat also z. B. der Erblasser den A, B und C testamentarisch zu Erben eingesetzt, darauf in einem weiteren Testament die Erbeseinsetzung des B und C widerrufen und dann abermals ein Testament errichtet, in dem er diesen Widerruf, aber nur soweit er den B betraf, widerrief, so werden A und B Erben.

Auch sind Planck und Leonhard über den Charakter des § 2257 als einer Vorschrift zwingenden Rechts ein und derselben Ansicht. Dann geht jedoch Leonhard weiter und will eine Ausschlußmöglichkeit dadurch gewähren, daß er einen mit dem Widerruf des Widerrufs verbundenen ausdrücklichen Widerruf des wieder in Kraft getretenen ursprünglichen Testaments für zulässig erachtet.

Der herrschenden Meinung (a) stehe ich in Anbetracht der überzeugenden Ausführungen Plancks und Leonhards ablehnend gegenüber.

Ganz richtig ist es zunächst, wenn Planck und Leonhard einen scharfen Unterschied machen zwischen dem Willen des Erblassers, soweit er den Umfang des zweiten Widerrufs betrifft, und dem Willen, den der Erblasser mit Beziehung auf die Wirkung eines solchen Widerrufs äußert. Durchaus zutreffend ist es auch, wenn sie dem letztbezeichneten Willen gegenüber der Norm des § 2257 keinerlei Einfluß einräumen. Denn ich kann es nicht für richtig finden, wenn das OLG. Stuttgart a. a. O. zur Begründung der herrschenden Ansicht (a) geltend macht, durch die Fassung des § 2257 werde die Berücksichtigung eines anderweitigen Willens des Widerrufenden nicht ausgeschlossen. Diese Fassung läßt vielmehr keineswegs den Schluß zu, daß

[1] Mehr haben Endemann und Frommhold an den von Planck zit. Stellen hinsichtlich der hier in Rede stehenden Streitfrage nicht erwogen.

im § 2257 nur eine Dispositivnorm enthalten sein soll. Das Wörtchen „ist“ ohne jeden Zusatz („so ist die Verfügung wirksam“) deutet streng auf eine zwingende Rechtsvorschrift hin, bei einer bloßen Dispositivnorm würde es geheißen haben: „Ist, wenn kein anderer Wille des Erblassers erhellt, wirksam“, „ist im Zweifel wirksam“, „kann wirksam werden“ oder so ähnlich.[1] Demgegenüber kommt der Grundsatz, daß im Testamentsrecht der Wille des Erblassers herrscht,[2] als Stütze der herrschenden Meinung nicht in Geltung.

Gleichwohl ist es praktisch von Wichtigkeit, dem Erblasser einen Ausweg zu schaffen, auf dem er die Wirkung des § 2257 beseitigen kann. Dieser Ausweg bietet sich in der von Leonhard vorgeschlagenen Zulassung eines ausdrücklichen Widerrufs des ursprünglichen Testaments. Auf den ersten Blick erscheint es allerdings widerspruchsvoll und deshalb unhaltbar, dem Erblasser zu gestatten, daß er in demselben Testament, in dem er einen Widerruf widerruft, jenen Widerruf erneuert. In Wirklichkeit ist jedoch, wie eine eindringlichere Prüfung ergibt, die Möglichkeit, daß der Erblasser trotz Widerrufs des Widerrufs das zuerst widerrufene Testament unwirksam belassen will, auf folgenden Fall beschränkt:

In einem Widerrufstestament sind neben der Widerrufserklärung neue Anordnungen positiven Inhalts enthalten, und zwar ist der Widerruf nur mit Rücksicht auf diese Anordnungen erklärt. Der Erblasser will nun, um Raum für anderweite Verfügungen zu haben, die positiven Anordnungen widerrufen, womit ja gemäß § 2085 das Widerrufstestament im vollen Umfange unwirksam, also auch nach § 2257 das ursprüngliche

[1] Siehe die Prot. V S. 355 für den § 2258 Abs. 2.

[2] So Dernburg § 40 III (dort für § 2258 Abs. 2).

Testament wieder in Kraft treten würde. Ein Wiederaufleben des ursprünglichen Testaments ist aber dem Erblasser aus irgend welchen Gründen, z. B. veränderter Umstände halber, nicht erwünscht.

In diesem Falle enthält der im zweiten Widerrufstestament ausdrücklich erklärte Widerruf des ursprünglichen Testaments keinen Widerspruch der oben gedachten Art; er ist innerlich berechtigt und praktisch notwendig. Ein ausdrücklich erklärter Widerruf ist natürlich dann entbehrlich, wenn der Erblasser in dem zweiten Widerrufstestament neue positive Anordnungen getroffen hat, die sachlich mit denen des ursprünglichen Testaments unvereinbar sind und die Wirksamkeit dieses Testaments somit gemäß § 2258 vereiteln.[1]

Wie mißlich es ist, daß ein aus den Umständen zu entnehmender Wille des Erblassers der Wirkung des § 2257 keinen Abbruch tun kann, mag ein Fall zeigen, der zugleich die Haltlosigkeit der Kippschen Sonderansicht (b) bezeugt und der mir ähnlich wie folgt in der Praxis begegnet ist:[2]

Im Jahre 1907 ging der 60jährige Witwer X mit der 21jährigen Maria K. eine neue Ehe ein. Die drei erwachsenen Kinder erster Ehe verlangten nun von ihrem Vater zu wissen, was er ihnen im Falle seines Todes zukommen lassen werde. X machte darauf ein eigenhändiges Testament, und zwar, ganz abgesehen davon, daß es auf einem halben Bogen gewöhnlichsten Papieres geschrieben war, in einer sonst schon rein äußerlich sehr flüchtigen Weise. Er ordnete in ihm, beginnend mit den Worten: „Ich vermache" an, daß seine drei Kinder erster Ehe zwei aus dem Errungen-

[1] Vgl. Kipp § 21 III.

[2] Vgl. auch das von Cosack § 358 a. E. unter No. IV geschilderte Beispiel.

schaftsvermögen dieser Ehe stammende Grundstücke und eine ganze Reihe Schmucksachen, Bilder usw. erhalten sollten, die er im einzelnen unter Angabe des Wertes aufführte; seines übrigen Vermögens, das aus einem weiteren Grundstück und etwas barem Gelde bestand, tat er keine Erwähnung. Da sich jedoch in der Folgezeit zwischen ihm und seinen Kindern erster Ehe ein häßlicher Streit entspann, errichtete er im Jahre 1908 ein zweites Testament, und zwar öffentlicher Form, in dem er das erste ausdrücklich widerrief, seine zweite Frau und deren Kind zu Erben berief, seine Kinder erster Ehe aber auf den Pflichtteil setzte. Im Jahre 1913 versöhnte er sich mit seiner ältesten Tochter erster Ehe und nahm daraufhin das öffentliche Testament aus der amtlichen Verwahrung zurück, um, wie er erklärte, in einem neuen Testament diese Tochter auch erbenmäßig zu bedenken. Er starb jedoch, ehe es zur Errichtung eines solchen Testaments kam. Infolgedessen war, entsprechend den hier vertretenen Grundsätzen, das eigenhändige Testament, das ganz zufällig unter völlig wertlosen Papieren im Nachlasse des Erblassers gefunden wurde, wirksam, obwohl der Erblasser sein Wiederaufleben dem ganzen Sachverhalt zufolge nicht gewollt haben kann, wahrscheinlich schon an sein Vorhandensein bei der Rücknahme des öffentlichen Testaments überhaupt nicht mehr gedacht hat. Die weitere Folge war, daß es zwischen der zweiten Frau des X und deren Kind einerseits und den Kindern erster Ehe andererseits zu einem Prozeß darüber kam, ob der Inhalt des eigenhändigen Testaments eine bloße Teilungsanordnung für die gesetzlichen Erben oder ein Vorausvermächtnis zu Gunsten der letztgenannten Kinder darstelle.

Sehr beachtliche Vorschläge zur Vermeidung solcher Mißstände und Unzuträglichkeiten, die sich aus dem

Eintritt der unbeabsichtigten Wirkung des § 2257 ergeben, macht Jung in der Ztschrft. f. d. Not. in Bayern, Jahrg. 1908 S. 165. Hervorgehoben zu werden verdient insbesondere, daß der Richter bei Rückgabe eines in amtlicher Verwahrung befindlichen Testaments durch ausdrückliches Befragen des Erblassers prüfen möge, ob die zurückzugebende letztwillige Verfügung keinen gänzlichen oder teilweisen Widerruf eines früheren Testaments enthält, und daß bei Errichtung eines Widerrufstestaments öffentlicher Form, das gleichzeitig neue Anordnungen positiver Natur trägt, eine Aufschrift auf dem Testamentsumschlag dahin angezeigt erscheint, daß die in ihm befindliche Urkunde a) den Widerruf eines früheren, genau zu bezeichnenden Testaments und b) das neue Testament des Erblassers enthalte.

E. Beweisfragen.

§ 8.

Ist es streitig, ob ein Testament widerrufen sei, so ist der Widerruf zu beweisen.[1] Das Testament begründet vor dem Tod des Erblassers zwar bloß eine Erbanwartschaft, enthält aber doch, analog den Rechtsverhältnissen beim bedingten und befristeten Rechtsgeschäft, zum mindesten schon eine Anfangswirkung, gegen die sich eine neue Gegenwirkung richten kann. Diese Gegenwirkung ist im fraglichen Fall der Widerruf. Geht man von dem Grundsatz aus, daß jede Partei die Ursache der ihr vorteilhaften Wirkung darzutun, der

[1] Vgl. insbesondere Leonhard, Beweislast S. 161 f., 177 f., 436. Ferner JW. 1912 S. 798 No. 16 — siehe oben S. 39 Anm. 1 („Der Widerruf eines Testaments wirkt wie eine rechtsvernichtende Tatsache und muß deshalb von dem bewiesen werden, der Rechte auf ihn stützt"); für das gem. Recht: l. 4 Dig. 28, 4 („hos adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant").

Kläger also den Tatbestand der Entstehung, der Beklagte den der nachher eintretenden Gegenwirkung zu beweisen hat, so ergibt sich daraus die oben bezeichnete Verteilung der Beweislast.

Danach müßte der Testamentsgegner im Falle des Widerrufs durch Urkundenentwertung (§ 2255) sowohl dartun, daß es der Erblasser gewesen ist, der die Testamentsurkunde vernichtet oder einer verkehrsüblichen Veränderung unterzogen hat, als auch beweisen, daß der Erblasser dabei in der Absicht gehandelt hat, das Testament aufzuheben.[1] Da nun aber der Nachweis der Aufhebungsabsicht in vielen Fällen sehr schwer, wenn überhaupt zu erbringen sein würde, kommt das Gesetz dem Beweispflichtigen zur Hilfe; es stellt im § 2255 Abs. 2 die Vermutung[2] auf, daß der Erblasser dann, wenn er die Urkunde entwertet hat, die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe. Mit dieser Rechtsvermutung kehrt das Gesetz hinsichtlich der Widerrufsform des § 2255 die oben bezeichnete, allgemeine Beweislastregel dahin um, daß derjenige, der für die Wirksamkeit des Testaments kämpft, den von ihm behaupteten Mangel der Aufhebungsabsicht, nicht dagegen der Testamentsgegner das Vorhandensein dieser Absicht zu beweisen hat. Der mangels anderweiter Bestimmungen jederzeit gestattete Gegenbeweis gegen die Vermutung des § 2255 Abs. 2 kann mit allen vom Gesetz zugelassenen Beweismitteln, auch durch Eideszuschiebung nach Maßgabe der §§ 445 ff. ZPO. geführt werden (§ 292 ZPO.) und wird in der Regel darauf abzielen,

[1] Vgl. Mot. S. 301 f.

[2] Die aber nicht Platz greifen kann, wenn der Erblasser von mehreren Abschriften nur eine entwertet hat, da hier dem oben (S. 33) Gesagten zufolge der Nachweis der Aufhebungsabsicht zur Gültigkeit des Widerrufs unbedingt verlangt werden muß.

daß der Erblasser die fragliche Entwertungshandlung irrtümlich oder aus Versehen[1] vorgenommen habe.

Streiten die Prozeßparteien darüber, ob die Entwertung der Testamentsurkunde auf eine Handlung des Erblassers zurückzuführen ist oder nicht, so kommt dem Testamentsgegner eine Vermutung nicht zu Hilfe. Er ist also beweispflichtig. Der Gesetzgeber[2] mag nämlich der Ansicht gewesen sein, daß sich eine allgemeine Präsumption für die Tätigkeit des Verfügenden nicht rechtfertigen lasse, und zwar selbst dann nicht, wenn sich die entwertete Urkunde bis zum Tode des Testators in dessen Hand befunden habe.[3]

Endemann (§ 50 Z. 3a), Frommhold (zu § 2255 Anm. 2) und Müller-Meikel (S. 460 oben) wenden im Gegensatz zur herrschenden Meinung[4] die Vermutung des § 2255 Abs. 2 nur unter der Bedingung an, daß der Erblasser persönlich, nicht etwa auf sein Geheiß hin ein Dritter entwertend auf die Testamentsurkunde eingewirkt hat. Allein steht man auf dem (auch von mir eingenommenen)[5] Standpunkt, daß eine Entwertungshandlung auch dann wirksam i. S. des § 2255 Abs. 1 ist, wenn sich der Erblasser zu ihrer Ausführung der

---

[1] Vgl. im übrigen RJA. Bd. 8 S. 177 = DJZ. 1907 S. 881 = Seuff. Bl. f. RA. Bd. 72 S. 1041; Recht 1907 S. 702 No. 1456 = JW. 1907 S. 366 = Bayr. Ztschr. Rpflg. 1907 S. 347.

[2] Vgl. auch Mot. S. 302.

[3] Bei der Beweiswürdigung wird indessen der Tatrichter wohl berücksichtigen müssen, daß dann, wenn sich wenigstens die Urkunde bis zuletzt im Gewahrsam des Erblassers befunden hat, viel für die Annahme einer eigenen Tätigkeit des Erblassers spricht.

[4] Planck zu § 2255 Anm. 3b; Leonhard zu § 2255 Anm. IV; Brock S. 108 ff.; Leske S. 1241 Anm. 8; Hallbauer S. 44; Kretzschmar § 21 II 2c; Kuhlenbeck § 20 Anm. 1; Meyer § 49 Z. 1b; Peiser § 8 III 2; Ahammer S. 16; Mayer-Reis § 45 III 1.

[5] Siehe oben § 5 S. 34 ff.

Kraft eines Dritten bedient, so darf man auch die Anwendung des § 2255 Abs. 2 nicht ausschließen, wenn der Erblasser in der besagten Weise verfährt. Was man im ersten Absatz unter „Vernichtung oder Veränderung der Urkunde durch den Erblasser" versteht, muß man auch im zweiten Absatz darunter verstehen; die in beiden Absätzen gebrauchten Worte: „Der Erblasser . . . . vernichtet" können nur in gleicher Weise interpretiert werden; legt man sie also für den ersten Absatz dahin aus: „Der Erblasser oder ein Dritter auf sein Geheiß . . . . vernichtet", so muß diese Erweiterung im Wege der Auslegung auch auf den zweiten Absatz übergreifen. Zudem ist die gegnerische Ansicht auch unter praktischen Erwägungen zu mißbilligen. Denn regelmäßig wird der Erblasser ebensogut dann, wenn ein Dritter auf seinen Wunsch oder Befehl die Entwertungshandlung vornimmt, von der Absicht, das Testament aufzuheben, erfüllt sein, wie in dem Fall, daß er persönlich die Urkunde vernichtet oder verändert; hier wie dort wird aber auch der Nachweis der Aufhebungsabsicht für den Testamentsgegner mit Schwierigkeiten verknüpft und deshalb seine Unterstützung durch die Rechtsvermutung des Abs. 2 angebracht sein.

Der Testamentsinteressent kann gleichfalls in schwierige Beweislagen kommen, namentlich dann, wenn er Form und Inhalt eines Testaments dartun will, das völlig vernichtet, z. B. verbrannt ist, ohne daß der Erblasser die Aufhebung beabsichtigte oder ohne daß er testierfähig war. Das Gesetz hat für diese Fälle nicht einmal eine Beweiserleichterung hinsichtlich der Erfüllung der beim Testierakt zu beobachtenden gesetzlichen Formvorschriften geschaffen.[1] Aber der Beweispflichtige

[1] Vgl. Mot. S. 309. Ebendort auch über die Entbehrlichkeit einer allgemeinen Regel: „legalia praesumuntur".

kann jedes gesetzlich zulässige Beweismittel gebrauchen.[1] In Betracht kommen vor allem: Urkundenbeweis durch vereinzelte Aufzeichnungen und Briefe des Erblassers, durch Entwürfe und Kopien des Testaments, sowie Zeugenbeweis durch Vernehmung der bei der Errichtung eines gerichtlichen oder notariellen Testaments mitwirkenden Zeugen. Das Gericht hat seine Entscheidung darüber, ob Form und Inhalt des entwerteten Testaments dargetan sind, nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung[2] zu treffen.

III. Aufhebung durch widersprechendes Testament.

A. Verhältnis zur Aufhebung durch Widerruf.

§ 9.

Nach § 2258 BGB. wird von zwei zeitlich auseinanderliegenden Testamenten das ältere insoweit aufgehoben, als das jüngere mit ihm in Widerspruch

[1] Frühere Rechte sprechen das oft ausdrücklich aus; vgl. für das gem. Recht: Windscheid-Kipp § 615 bei Anm. 7—10; Vangerow II § 460 III 2; Koeppen S. 316; Arndts S. 218; Seuff. Arch. Bd. 2 No. 359 und Bd. 15 No. 138. Für das preuß. Recht: ALR. I 12 §§ 602, 603 (wonach, was jetzt durch EG. ZPO. § 14 Z. 2 beseitigt ist, zur Wiederherstellung eines verloren gegangenen Testaments vollständiger Beweis nötig war, der durch einen Erfüllungseid nicht ergänzt werden konnte. Was unter „vollständiger" Beweis zu verstehen ist, darüber siehe Koch S. 138 Anm. 97); Dernburg, pr. Privatr. § 173 Anm. 16. Im übrigen: Zachariae § 647; Scherer S. 343; Roth-Becher § 366 bei Anm. 77; Sächs. GB. § 2300; Österr. GB. § 722; Hess. Entw. Art. 111, 112.

Ferner DJZ. 1910 S. 594 = JW. 1910 S. 291; Recht 1911 No. 3106; JW. 1912 S. 798 No. 16 — siehe oben S. 39 Anm. 1.

[2] § 286 ZPO. Das Gericht kann auch der einen oder anderen Partei den Noteid des § 475 ZPO. auferlegen.

steht.[1] Er will da eingreifen, wo der Erblasser hintereinander zwei Testamente gemacht, dabei aber — wohl meistens aus Vergeßlichkeit oder Mangel an Rechts- oder Sachkenntnissen — bei der Errichtung des späteren Testaments das frühere weder ausdrücklich noch stillschweigend widerrufen hat, obwohl es sachlichen Widerspruchs halber praktisch unmöglich ist, die in beiden Testamenten enthaltenen Anordnungen zur Ausführung zu bringen. Die Aufhebungsart des § 2258 steht also, wie schon die selbständige Paragraphierung der in ihm verkörperten Norm deutlich werden läßt, neben der des Widerrufs i. S. der §§ 2253—2257 BGB. und ist nicht etwa eine besondere Erscheinungsform des ausdrücklichen oder stillschweigenden Widerrufs durch Testament (§ 2254).[2]

Wenn trotzdem eine Anzahl Schriftsteller[3] die Aufhebung nach § 2258 als stillschweigenden Widerruf betrachtet, so übersehen sie eben einfach, daß der Widerruf des § 2254 BGB. auch stillschweigender Natur sein kann,[4] der § 2258 somit, wenn ihre Ansicht richtig wäre, eine vom Gesetz keineswegs gewollte Wiederholung der im § 2254 enthaltenen Vorschrift bedeuten würde.

Auch diejenigen haben das Verhältnis zwischen dem rein negativen Widerruf und dem Aufhebungstestament des § 2258 nicht richtig erfaßt, die einen Widerspruch

---

[1] Vgl. RG. in JW. 1907 S. 366 = Ztschr. f. Rechtspfl. in Bayern Bd. 3 S. 347; ferner RJA. VIII S. 177 = DJZ. 1907 S. 881 Bl. f. RA. Bd. 72 S. 1041.

[2] Das zuerst mit voller Klarheit erkannt und dargelegt zu haben, ist das Verdienst Leonhards (zu §§ 2254, 2258). Siehe auch Neumann, Handausg. des BGB. zu § 2258; Cosack § 358 II und Liebe § 402 I.

[3] Strohal § 42 III; Endemann § 50 Z. 2b; Kipp § 21 II; Hallbauer S. 41; Scherer No. 411; Pallaske S. 97; Eichhorn S. 105; Borcherdt § 147.

[4] Vgl. Scherer No. 411 (S. 344 oben).

i. S. der letztbezeichneten Bestimmung nicht nur bei sachlicher Unvereinbarkeit mehrerer Testamente, sondern auch dann annehmen wollen, wenn der „aus den Umständen des Falls nach der freien Auslegungsregel des § 133 BGB. zu ermittelnde Wille" des Verfügenden dahin geht, die mit den neuen Verfügungen sachlich vereinbaren älteren zu beseitigen, das neue Testament an die Stelle des alten zu setzen.[1] Denn wenn ein solcher Wille aus einem späteren Testament, sei es auch nur durch Heranziehung der seine Errichtung begleitenden Außenumstände,[2] zu entnehmen ist, liegt nicht sowohl ein Widerspruch der fraglichen Art als vielmehr ein rein negativer Widerruf des älteren Testaments vor, es handelt sich dann überhaupt nicht um ein Aufhebungstestament i. S. des § 2258, sondern lediglich um ein Widerrufstestament i. S. des § 2254, das neben einem stillschweigenden Widerruf gleichzeitig neue Anordnungen positiver Natur enthält. Hat also z. B. der Erblasser in zwei nacheinander errichteten Testamenten derselben Person dieselbe Summe vermacht — ein Fall, den die im Recht 1913 unter No. 1154 abgedruckte Reichsgerichtsentscheidung und eine im Recht 1906 unter No. 3079 wiedergegebene Entsch. des OLG. Stuttgart im gegnerischen Sinne behandeln —, so kann von einem Widerspruch nach § 2258 keine Rede sein, wohl aber ist die Möglichkeit vorhanden, daß das spätere Testament einen still-

[1] Vgl. Planck zu § 2258 Anm. 1; KRGR. zu § 2258; Crome § 655 III 1 a β; Böhm S. 202; Heinsheimer in DJZ. 1906 S. 795 ff.; Rspr. 16 S. 271, wo auch die Frage der Prüfungspflicht des Grundbuchrichters hinsichtlich des Verhältnisses eines späteren zu einem früheren Testamente behandelt und m. E. im Prinzip richtig entschieden ist.

[2] Warn. 1913 (6. Jahrg.) No. 230 nebst den dort zit. Entsch. d. RG., aber auch JW. 99 S. 755 Z. 35.

schweigenden Widerruf des früheren birgt, der Bedachte somit nach dem Willen des Erblassers die vermachte Summe nur einmal, nicht doppelt erhalten soll. Die gleiche Rechtslage — Mangel sachlichen Widerspruchs, Möglichkeit stillschweigenden Widerrufs i. S. des § 2254 BGB. — haben auch, was in Literatur und Praxis vielfach verkannt wird,[1] folgende Fälle aufzuweisen:

a) Der Erblasser hat in seinem ersten Testament nur Vermächtnisanordnungen getroffen, und zwar umfassen die ausgesetzten Vermächtnisse fast sein ganzes Vermögen. In einem späteren Testament verfügte er lediglich die Erbeseinsetzung mehrerer Personen, die mit ihm nahe verwandt sind, mit denen er aber bis dahin in Unfrieden gelebt hatte.

b) Im Testament No. 1 bestimmte der Erblasser: Folgende Vermächtnisse sollen zur Auszahlung kommen: an A — 1000 M., an B — 2000 M., an C — 3000 M.

Im Testament No. 2 setzte er eine Vermächtnisverteilung wie folgt fest:

An A — 800 M., an C — 1000 M., an D — 3000 M.

c) Das erste Testament des Erblassers enthält die Anordnung:

A soll aus meinem Nachlaß 10 000 M. bekommen.

Im Testament No. 2 ist verfügt:

Meine Erben sollen dem A eine Jahresrente von 400 M. auszahlen.

Liegt der Fall a) so, daß das erste Testament außer den Vermächtnisanordnungen auch eine Erbeneinsetzung trägt und daß auf einen stillschweigenden Widerruf dieses Testaments nicht zu schließen ist, so hat die vorbesagte Erbenbestimmung durch den Widerspruch mit der im zweiten Testament als aufgehoben zu gelten

[1] Vgl. Heinsheimer a. a. O.; Strohal § 42 Anm. 5a; Sächs. Rechtspfl. A. 1909 S. 528.

(§ 2258), während die Vermächtnisanordnungen nur dann in Wegfall kommen, wenn sie mit Rücksicht auf die Vornahme der Erbeneinsetzung im ersten Testament getroffen sind (§ 2085 BGB.). Klar zu unterscheiden von den Fällen, in denen zwar kein sachlicher Widerspruch zwischen zwei nacheinander errichteten Testamenten vorhanden, wohl aber aus dem späteren ein auf Beseitigung des früheren abzielender Widerrufswille zu entnehmen ist, sind die Fälle, die gerade nicht einen solchen Widerruf, sondern vielmehr einen sachlichen Widerspruch enthalten, wenn nur die positiven Anordnungen des zweiten Testaments eine dem Willen des Erblassers entsprechende Auslegung erfahren. Insoweit, aber auch lediglich insoweit, ist also doch der Wille des Erblassers bei der Anwendung des § 2258 entscheidend. Dessen ist sich zwar auch Heinsheimer (DJZ. 06 Sp. 795) bewußt, ohne indes, wie bereits oben (S. 92 Anm. 1) angedeutet, die hier vertretene Ansicht, die nur einen „sachlichen" Widerspruch zwischen zwei Testamenten als Aufhebungsgrund i. S. des § 2258 gelten läßt, als richtig anzuerkennen (a. a. O. Sp. 799) und ihr insbesondere für die Fälle der von ihm sog. „speziellen Exklusion" beizupflichten. Heinsheimer (a. a. O. Sp. 798) führt treffend aus:

„Nicht darum handelt es sich, zu ermitteln, was der Erblasser bei Errichtung des zweiten Testaments in Bezug auf das erste gewollt oder ob er überhaupt nur an dasselbe gedacht hat, sondern es fragt sich immer nur, was der Erblasser mit dem zweiten Testament an und für sich gewollt hat. Dabei ist aber nicht bloß zu untersuchen, welches der positive Inhalt der neuen Verfügungen ist, sondern im Wege der Auslegung weiter festzustellen, ob dieselben nicht zugleich einen negativen Sinn haben, d. h. einen

exklusiven Charakter gegenüber jeder andersartigen Regelung der gleichen erbrechtlichen Angelegenheit tragen sollen."

Hat also z. B. jemand in einem zweiten Testament verfügt: „Mein ganzes Vermögen soll mein Sohn X bekommen", so kann er, was im Wege der Auslegung festzustellen sein wird, damit haben sagen wollen: X soll ausnahmslos alles, was mir gehört, erben, irgend ein Abzug am Nachlaß soll ihm gegenüber nicht stattfinden. Damit würde dann in rein sachlichem Widerspruch stehen, wenn der Erblasser im ersten Testament über einen Teil des Nachlasses, z. B. ein noch ausstehendes Kapital, zu Gunsten seiner Geschwister verfügt[1] oder sonst Vermächtnisse oder Auflagen angeordnet hätte. Denn X würde eben, wenn das erste Testament zur Ausführung käme, nicht ausnahmslos alles, was zum Nachlaß gehört, erhalten, es würden Vermögensteile des Erblassers in fremde Taschen fließen, die nach dem Inhalt des zweiten Testaments nur dem X zukommen sollten, dem Willen des Erblassers würde zuwidergehandelt sein, ohne daß dieser Wille direkt auf Unwirksamkeit der fraglichen Verfügungen des ersten Testaments gerichtet ist.

Setzt jemand — um ein weiteres Beispiel anzuführen — in einer letztwilligen Verfügung seine Kinder zu „rechtmäßigen alleinigen Erben" ein, so wird dies dahin zu verstehen sein, daß die Kinder das ganze Vermögen bekommen und dabei als gewöhnliche Erben angesehen, also im Genuß dieses Vermögens rechtlich in keiner Weise beeinträchtigt werden sollen. Damit läßt sich sachlich nicht vereinbaren, wenn in einem früheren Testament des Erblassers seine Kinder zwar

[1] Vgl. OLG. Bamberg in Ztschrft. f. Rechtspfl. in Bayern 1907 S. 374 und RG. v. 3. 2. 1908, ebenda 1908 S. 182.

ebenfalls zu Erben des ganzen Nachlasses, gleichzeitig aber auch ihre Nachkommen als Nacherben bestimmt, den Kindern also sowohl dingliche (§§ 2113 ff. BGB.) wie schuldrechtliche (§§ 2116 ff. BGB.) Beschränkungen in der Verfügung über die Nachlaßgegenstände auferlegt sind.[1]

B. Wirksamkeit.

§ 10.

Im Falle des § 2258 ist die Aufhebung des älteren Testaments unlösbar geknüpft an die im jüngeren Testament enthaltene widersprechende sachliche Verfügung, sie bildet mit dieser Verfügung ein „einheitliches und untrennbares Ganzes",[2] stellt also gewissermaßen bloß ihre Kehrseite dar. Mehr als das Vorhandensein neuer positiver Anordnungen entgegengesetzten Inhalts wird aber auch nicht gefordert. Daraus folgt einerseits, daß der Verfügende sich durchaus nicht bewußt zu sein braucht: Ich errichte jetzt eine letztwillige Verfügung, die genau das Gegenteil von dem enthält, was ich in einem früheren Testament angeordnet habe, daß es demgemäß z. B. auch nichts schadet, wenn der Erblasser z. Zt. der zweiten Testamentserrichtung die ältere letztwillige Verfügung ganz vergessen hat. Andererseits müssen die neuen Anordnungen, für sich allein betrachtet, sowohl ihrer äußeren Form wie ihrem sachlichen Inhalt nach vollwirksam sein; Gründe, die ihnen die Rechtswirksamkeit entziehen, stehen auch der Auf-

[1] Vgl. KG. i. RJA. 9 S. 85, wo man allerdings auch aus dem Inhalt des zweiten Testaments (Enthebung der im ersten Testament eingesetzten Testamentsvollstrecker) auf einen stillschweigenden Widerruf schließen könnte.

[2] Mot. V S. 303.

hebung der widersprechenden Bestimmungen des früheren Testaments entgegen. Aufhebende Kraft wohnt daher den neuen Anordnungen zunächst nicht in den Fällen der ursprünglichen Unwirksamkeit bei; so nicht, wenn dem Erblasser im Zeitpunkt des zweiten Testieraktes die nach Maßgabe der §§ 2229, 2230 erforderliche Testierfähigkeit fehlte, wenn er also z. B. bloß negativ testierfähig (§ 2253 Abs. 2; siehe oben § 2) war, ferner, wenn die fraglichen Anordnungen nicht den Formvorschriften der §§ 2231 ff. entsprechend errichtet sind, wenn sie Zuwendungen unter unmöglicher oder unsittlicher Bedingung[1] oder die Einsetzung eines bereits Verstorbenen zum Gegenstand haben.[2] Für den letzten Fall ist Strohal (§ 42 Anm. 7) zu Unrecht anderer Ansicht. Er beruft sich auf Dernburg (§ 172 Anm. 18), dessen gleicher Standpunkt jedoch lediglich in den vom § 2258 inhaltlich ganz abweichenden Bestimmungen des preußischen ALR. wurzelt, und führt dann zur Begründung seiner Ansicht an, für die Beurteilung des Aufhebungswillens des Erblassers sei es gleichgültig, ob der Bedachte (ohne Wissen des Erblassers) schon vor der Testamentserrichtung gestorben sei oder ob er erst später, aber noch vor dem Erbfall stürbe. Diese Begründung entspringt der bereits oben (S. 90) verurteilten Verkennung des Unterschieds zwischen stillschweigendem Widerruf und Aufhebung i. S. des § 2258, sie trifft ohnedies aber auch dann gar nicht zu, wenn aus dem späteren Testament in keiner Weise auf einen Aufhebungswillen des Erblassers zu schließen ist, ge-

[1] Staudinger zu den §§ 2074, 2075 Anm. 1 Z. 3 und 4; Planck zu § 2258 Anm. 2; Eichhorn S. 105 Z. 2; Dernburg § 40 II; Sauer S. 267.

[2] Planck zu § 2258 Anm. 2; Leonhard zu § 2258 Anm. II A; Windscheid-Kipp § 565 Anm. 5; Eichhorn S. 105.

schweige denn wenn feststeht, daß sich der Erblasser bei Errichtung des zweiten Testaments eines sachlichen Widerspruchs und der damit verbundenen aufhebenden Wirkung überhaupt nicht bewußt war.

Den Fällen ursprünglicher Unwirksamkeit der widersprechenden Bestimmungen des zweiten Testaments stehen gleich die Fälle, in denen diese Bestimmungen erst nachträglich, d. h. erst nach Testamentserrichtung — sei es vor, sei es nach dem Erbfall — weggefallen sind; auch hier bleiben die Anordnungen der früheren letztwilligen Verfügung unvermindert in Geltung. Soweit die späteren Anordnungen infolge Anfechtung wegen eines Willensmangels (§ 142) oder Fristablauf nach § 2252 (bei außerordentlichen Testamenten) als von Anfang an nichtig anzusehen sind, ist das unbestritten. Für die Fälle, daß der in der späteren Verfügung Bedachte vor dem Erblasser stirbt (§§ 1923 Abs. 1, 2160) oder die aufschiebende Bedingung ausfällt, unter der die vorgenannte Verfügung getroffen ist, will nur Leonhard (zu § 2258 Anm. II C) das erste Testament in voller Wirksamkeit belassen wissen. Hinsichtlich des zweiten Falles verneinen allerdings auch Planck (zu § 2258 Anm. 2) und Crome (§ 655 III 1) die aufhebende Wirkung der späteren Verfügung, jedoch beide nur in ganz beschränktem Umfange; Planck nur unter der Voraussetzung, daß der Erblasser lediglich eine bedingte Änderung, nicht dagegen eine völlige Aufhebung der früheren Verfügung habe treffen wollen, Crome mit der Einschränkung, daß der Wille des Erblassers dahin ginge, die Aufhebung der früheren Verfügung nicht schon durch die Errichtung der späteren, sondern erst bei deren Wirksamkeit eintreten zu lassen. Einstimmig[1] ent-

[1] Dernburg § 40 II; Planck zu § 2258 Anm. 2; Strohal § 42 III; Leonhard zu § 2258 II C; Eichhorn S. 105 f.; Kretzschmar § 21 III;

gegengesetzter Ansicht, also für die Beibehaltung des Aufhebungseffekts, ist man in der Literatur aber dann, wenn der in den widersprechenden Anordnungen des zweiten Testaments Bedachte die ihm gemachten Zuwendungen ausschlägt (§§ 1953, 2180 Abs. 3), wenn er für erbunwürdig erklärt wird (§§ 2339 ff.) oder wenn er bloß als Nacherbe oder als Vermächtnisnehmer i. S. des § 2162 eingesetzt und diese Nacherbeneinsetzung bzw. Vermächtnisanordnung durch Ablauf einer 30jährigen Frist nach Maßgabe der §§ 2109, 2162, 2163 unwirksam geworden ist.[1] Die Gegner berufen sich teils[2] darauf, daß es den Ereignissen, die in den streitigen Fällen zur Unwirksamkeit der späteren Testamentsbestimmungen führten, an der rückwirkenden Kraft mangele, teils[3] verneinen sie überhaupt eine solche Unwirksamkeit und machen geltend, die fraglichen Anordnungen des zweiten Testaments würden bloß gegenstandslos werden und bloß nicht zur Ausführung gelangen, teils[4] berufen sie

---

Böhm S. 203; Crome § 655 Anm. 31, 32; Staudinger zu § 2258 Anm. 1; KRGR. zu § 2258; Kipp bei Windscheid § 565; Türcke zu § 2258 Anm. 2; Borcherdt § 147 Anm. 6; Leske S. 1243; Liebe § 402 Anm. 5; Entw. I § 1936.

[1] Nach dem hier vertretenen Standpunkt hätte in den beiden letzten Fällen folgendes zu gelten: Die Erbschaft verbleibt nicht dem Vorerben, sondern fällt dem Nacherben zu, den der Erblasser im älteren Testament eingesetzt hatte, vorausgesetzt allerdings, daß bezüglich dieses Nacherben der Fall der Nacherbfolge gegeben ist; der Erbe oder der sonst Belastete behält nicht etwa den vermachten Gegenstand, sondern muß ihn dem Dritten herausgeben, dem er vom Erblasser durch eine im früheren Testament enthaltene Vermächtnisanordnung zugewendet war.

[2] Z. B. Dernburg, Eichhorn, beide a. a. O.; Meyer S. 305.

[3] Z. B. Planck, Staudinger, Türcke, Kretzschmar, Leske, KRGR. a. a. O.

[4] Z. B. Liebe, Borcherdt, Crome, Strohal a. a. O., die beiden letzteren allerdings unter Vermeidung des Begriffs „Widerruf".

sich darauf, daß „der sich aus der neuen positiven Verfügung inhaltlich ergebende Widerruf der früheren Verfügung aufrecht erhalten werden“ müsse, daß also z. B. bei zwei miteinander unvereinbaren Vermächtnisanordnungen zwar die im zweiten Testament enthaltene Zuwendung selbst, nicht aber auch der in der Anordnung derselben liegende Widerruf der früheren Zuwendung unwirksam werde. Dem letzten Argument kann ich am wenigsten beipflichten: Einen Widerruf birgt das spätere Testament nicht, sonst ist es eben kein Aufhebungstestament i. S. des § 2258 (siehe oben S. 91). Außerdem lassen sich aber nach dem eingangs Gesagten positive Verfügung und aufhebende Wirkung nicht voneinander trennen, zumal nicht in der Weise, daß die Verfügung zwar ihrer Gültigkeit beraubt wird, die aufhebende Wirkung aber gleichwohl bestehen bleibt. Die Aufhebung der Bestimmungen des ersten Testaments steht und fällt mit den widersprechenden Anordnungen des zweiten Testaments oder, wie man sich ausdrücken muß, um dem Geist des § 2258 ganz gerecht zu werden, mit dem sachlichen Widerspruch, der seine Existenz den letztbezeichneten Anordnungen verdankt. Sobald also dieser Widerspruch nicht mehr vorhanden ist, treten die bis dahin durch ihn aufgehobenen Bestimmungen des früheren Testaments wieder in Kraft. Dabei muß es gleichgültig sein, auf welche Weise die sachliche Unvereinbarkeit der sich entgegenstehenden Bestimmungen wegfällt; das kann danach sowohl dadurch geschehen, daß die späteren Anordnungen mit rückwirkender Kraft ihre Gültigkeit verlieren, wie auch dadurch — und damit erfahren die übrigen (beiden ersten) Argumente der Gegner ihre Widerlegung —, daß die vorbesagten Anordnungen nur für die Zukunft unwirksam oder gar bloß gegenstandslos (destitut) werden.

Denn alle diese Geschehnisse führen die Möglichkeit herbei, daß das erste Testament in vollem Umfange neben dem zweiten zur Ausführung gebracht werden kann. Der Verwirklichung dieser Möglichkeit aber keinen Raum zu lassen, verlangt weder das Gesetz noch das praktische Bedürfnis.

Die Wirksamkeit eines Aufhebungstestaments i. S. des § 2258 ist des weiteren bedingt durch die Verschiedenheit des Alters der beiden Testamente. Läßt sich nicht ermitteln, welches von ihnen das frühere oder das spätere ist oder sind beide von gleichem Alter — z. B. an einem und demselben Tage errichtet —, was allerdings nach dem BGB. außer bei holographischen Testamenten kaum vorkommen wird,[1] so haben sie, wie schon nach gem. Recht,[2] nebeneinander zu gelten, als wären sie nur ein Testament. Widersprüche zwischen beiden sind deshalb auch so zu behandeln, als stünden sie in einem und demselben Testament, was zur Folge haben muß, daß zwei gleichalterige Testamente, soweit sie eben sachlich miteinander unvereinbar sind, sich gegenseitig aufheben.[3]

C. Wirkung.

§ 11.

Die Folgen, die das BGB. an die zeitlich auseinanderliegende Errichtung zweier Testamente positiven Inhalts knüpft, sind von denen, die das römische und gemeine Recht mit dem gleichen Tatbestand verwandt, verschieden; nach römischem und gemeinem Recht wurde

[1] Dieser Fall ist deshalb vom Gesetz nicht geregelt, vgl. Mot. V S. 304.

[2] L. 1 § 6 D. 37, 11; vgl. Windscheid-Kipp § 565 Anm. 8 und 9.

[3] Planck Anm. 4, Staudinger Anm. 3, KRGR. Anm. 1, sämtlich zu § 2258; Meyer § 49 Ziff. 2 a. E.; Eichhorn S. 105.

das frühere Testament schon durch die bloße Existenz des späteren, nicht etwa durch dessen Inhalt ganz aufgehoben,[1] nach BGB. wird in Übereinstimmung mit dem Code civil (Art. 1036) und dem sächs. GB. (§ 2216), wie bereits oben (S. 89) erwähnt, das frühere Testament nur in dem Umfang aufgehoben, in dem es dem sachlichen Inhalt des späteren widerstreitet. Diese Verschiedenheit des bisherigen und jetzigen Rechts beruht hauptsächlich darauf, daß der römisch-rechtliche Grundsatz „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest", auf dem die vorbezeichnete Norm des bisherigen Rechts fußt, vom BGB. verlassen worden ist und in ihm die altrömische Auffassung, wonach jedes Testament eine den Nachlaß völlig umspannende, ausschließliche Anordnung darstellt, keinen Raum gefunden hat.[2] Da es nun selten vorkommen wird, daß ein Erblasser in einem Testament positive Anordnungen trifft, die mit sämtlichen Anordnungen eines früheren Testaments unvereinbar, d. h. gleichzeitig mit ihnen allen praktisch unausführbar sind, so werden unter der Herrschaft des BGB. dann, wenn der Erblasser mehrere zeitlich aufeinander folgende Testamente ledig-

[1] Es war nur möglich, das ältere Testament auf dem Umwege des Universalfideikommisses insoweit aufrecht zu erhalten, als das von dem Erblasser erkennbar gewollt war; l. 12 § 2 D. de iniusto 28 3; Windscheid-Kipp § 565. Ebenso Bayr. Landr. III Kap. 3 § 28 No. 1. Nach preuß. ALR. (I 12 §§ 572, 573) wurde ein früheres durch ein späteres Testament mit der Wirkung, daß die in dem früheren angeordneten Vermächtnisse wegfielen, nur in dem Falle aufgehoben, daß anstelle des früher eingesetzten Erben ein anderer Erbe ernannt war. Den Grundsatz „nemo cum pluribus testamentis decedere potest" hat das ALR. (I 12 §§ 574, 575) beseitigt. Vgl. Dernburg, preuß. Privr. § 172; Planck zu § 2258 Anm. 1; Meischeider S. 518; Borcherdt § 147; Mot. V S. 304.

[2] Mot. V S. 304; Meyer § 49 Z. 2, § 12 Z. 2b; Dernburg, preuß. Privr. § 172.

lich positiven Inhalts errichtet hat, diese Testamente meistens nebeneinander wirksam werden,[1] die jeweils älteren jedoch eben meist nur mit einzelnen — nicht zu den widersprechenden gehörigen — Verfügungen. Diejenigen Verfügungen, die gemäß § 2258 als aufgehoben zu gelten haben, sind vom Augenblick der Errichtung des Aufhebungstestaments an in ihrer Wirksamkeit gehemmt, das Aufhebungstestament selbst bildet den Hemmungsgrund.[2] Durchweg gilt auch bei Anwendung des § 2258 BGB., daß die durch einen sachlichen Widerspruch hervorgerufene Aufhebung von einzelnen Verfügungen eines Testaments unter Umständen das ganze übrige Testament mit sich reißen kann (§ 2085 BGB.).

Nicht richtig ist es, wenn Pelargus (§§ 138 Z. 2d, 86 Z. III) die Wirkung des § 2258 durch eine Ausnahme für den Fall durchbrochen sieht, daß der Erblasser als Vermächtnis einen Gegenstand aussetzt, der zur Zeit des Erbfalls zwar nicht ihm selbst, wohl aber dem von ihm eingesetzten Erben gehört, und der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Denn der § 185 Abs. 2 BGB., der ihm in Verbindung mit § 2169 Abs. 1 BGB. als Stütze dafür dient, daß im genannten Falle beim Vorliegen mehrerer aufeinanderfolgender, miteinander nicht in Einklang stehender Vermächtnisse ausnahmsweise das ältere Gültigkeit habe, kann keine Anwendung finden. Er bezieht sich nicht auf „letztwillige Verfügungen", sondern nur auf „Verfügungen" in dem sonst vom BGB. gebrauchten Sinne,

---

[1] Da das also die Regel, das Gegenteil den Ausnahmefall bildet, wird der Beweis der Aufhebung, des Widerspruchs zwischen älteren und neueren Verfügungen, von dem, der die Aufhebung behauptet, zu führen sein. Vgl. Pfälz. Rspr. Bd. 2 S. 44.

[2] Vgl. oben S. 76.

d. h. auf Rechtsgeschäfte, deren Rechtswirkung auf einen Gegenstand, also eine Sache, ein Immaterialgut oder ein Vermögensrecht, unmittelbar gerichtet ist und die Rechtslage dieses Gegenstandes unmittelbar ändert.[1]

D. Widerruf des Aufhebungstestaments.

§ 12.

Wird das später errichtete Testament, soweit es gegenüber dem früheren aufhebend wirkt, in einer der gesetzlich zulässigen Widerrufsformen widerrufen, so tritt gemäß § 2258 II BGB. dieselbe Rechtsfolge ein, wie sie der § 2257 BGB. für den Widerruf eines Widerrufstestaments vorsieht: Das frühere Testament bleibt sowohl formell wie inhaltlich voll bei Kräften. Das gilt jedoch ebenso wie beim Widerruf des Widerrufs dann nicht, wenn der Erblasser nicht allein ein widersprechendes Testament errichtet, sondern außerdem auch späterhin die erste Testamentsurkunde i. S. des § 2255 BGB. entwertet oder, falls sie öffentlicher Form war, aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen hatte; die Wiederherstellung des ersten Testaments kann in diesem Falle nur durch einen völlig neuen Testierakt herbeigeführt werden.

Ob die entgegengesetzte Willensmeinung des Erblassers das nach § 2258 II BGB. erfolgende Wiederaufleben des aufgehobenen Testaments zu verhindern vermag, ist demselben Streit ausgesetzt, wie die bereits oben (§ 7) erörterte Frage, ob der Erblasser die Wiederherstellungswirkung des § 2257 BGB. ausschließen kann. Jedoch ist die Parteikonstellation der Schriftsteller dabei

[1] Vgl. Strohal § 18 Anm. 2; Staudinger I Einl. VIII vor § 104, V zu § 1937 Anm. 1 und zu § 1559 Anm. 3a; Sohm im Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 38 S. 196.

hinsichtlich des § 2258 Abs. 2 nicht mehr die gleiche. Während Kipp (§ 21 III) und Crome (§ 655 Anm. 33)[1] auch für den § 2258 II den Standpunkt vertreten, daß seine Wirkung völlig vom Willen des Erblassers abhängig sei, haben der Komm. der Reichsgerichtsräte (zu § 2258 Anm. 2), Peiser (S. 361) und Müller-Meikel (S. 461) dieser Auffassung bei der vorbezeichneten Vorschrift keinen Ausdruck verliehen, sondern vielmehr ausgeführt, der Erblasser müsse, um die Wirkung des § 2258 II zu vereiteln, mit dem Widerruf des späteren Testaments gleichzeitig den Widerruf des früheren Testaments verbinden, indem er z. B. ausdrücklich verfügen müsse, daß das frühere Testament keine Wirkung mehr haben solle. Daraus ist zu schließen, daß die letztgenannten mit Planck (zu § 2258 Anm. 3), Leonhard (zu § 2258 II B) und Kretzschmar (§ 21 III 3) den § 2258 II als eine Vorschrift zwingenden Rechts betrachten, was auch ich, entsprechend meinen Ausführungen beim Widerruf des Widerrufs, für das richtige halte.

Bemerken will ich noch, daß nach dem Wesen des Aufhebungstestaments i. S. des § 2258 die Fälle, in denen ein aus den Umständen zu entnehmender Wille des Erblassers auf den Ausschluß der Wiederherstellungswirkung des § 2258 Abs. 2 gerichtet ist, und damit auch die aus der Unbeachtlichkeit eines solchen Willens entspringenden Mißstände wohl höchst selten sind.

---

[1] Zu denen für den § 2258 II neu hinzutreten: Dernburg § 40 III; Eichhorn S. 106; Endemann § 50 Anm. 8.

Lebenslauf.

Ich, Max Friedrich Grünbaum, wurde am 19. Dez. 1888 zu Cassel als Sohn des Kaufmanns Heinrich Grünbaum geboren. Von Ostern 1898 an besuchte ich das Kgl. Wilhelmsgymnasium zu Cassel, das ich im Februar 1907 unter Befreiung von der mündlichen Abiturientenprüfung mit dem Zeugnis der Reife verließ. Zum Studium der Rechts- und Staatswissenschaften bezog ich alsdann nacheinander je ein Semester die Universitäten München und Genf, je zwei Semester die Universitäten Berlin und Marburg a. d. Lahn. Am 18. Juni 1910 wurde ich, nachdem ich kurz zuvor am Kgl. Oberlandesgericht in Cassel die erste juristische Staatsprüfung bestanden hatte, zum Referendar ernannt. Als solcher war ich zuletzt am Kgl. Amtsgericht in Cassel beschäftigt. Die Mobilmachung 1914 fand mich beim Husarenregiment Nr. 14 wieder, woselbst ich mit Jahrgang 1911 meiner Militärpflicht genügt und im Jahre 1913 zwei achtwöchige Übungen abgeleistet hatte.